Die militärische Dienstpflicht nach deutschem Verwaltungsrechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Johannes Georg Müller

Referendar in Ölsnitz i. V.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546804_0087

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Die rechtliche Natur der militärischen Dienstpflicht.

§ 1. I. Das Gewaltverhältnis 1
§ 2. II. Die rechtliche Ordnung des Gewaltverhältnisses 3
§ 3. III. Der Berechtigte des Gewaltverhältnisses 5

Zweiter Teil.

Die Begründung der militärischen Dienstpflicht.

§ 4. 1. Die Begründung der Zwangsdienstpflicht . . . 7
§ 5. 2. Die Begründung der freiwillig übernommenen Dienstpflicht 15
§ 6. 3. Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes 16
§ 7. 4. Ungültigkeit des Verwaltungsaktes 17
§ 8. 5. Zeitpunkt der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes 19
§ 9. 6. Form des Verwaltungsaktes 19

Dritter Teil.

Die Stufen der Erfüllung der militärischen Dienstpflicht.

§ 10. I. Einleitung 20
II. Die Stufen
§ 11. 1. Die aktive Dienstpflicht 22
§ 12. 2. Der Beurlaubtenstand 25
§ 13. 3. Der Offizier zur Disposition 28

Vierter Teil.

Der Inhalt der militärischen Dienstpflicht.

A. Die Pflichten
§ 14. Die Pflicht zur Leistung von Diensten 29
§ 15. Die militärische Gehorsamspflicht 32
§ 16. Die Pflicht achtungswürdigen Verhaltens 37
§ 17. B. Die Beschränkungen der Dienstpflichtigen 38
§ 18. C. Die Rechte der Dienstpflichtigen 38

Fünfter Teil.

§ 19. Die Endigung der militärischen Dienstpflicht 46

Sechster Teil.

§ 20. Der Rechtsschutz im militärischen Gewaltverhältnisse 47

Literaturverzeichnis.

Apel, E., Die Königliche Gewalt auf dem Gebiete des Ehrengerichtsverfahrens gegen preußische Offiziere. Berlin 1906. C. Heymanns Verlag.

Brand, Emil, Die rechtliche Natur des Offiziersdienstes nach deutschem Staatsrechte. Erlanger Dissert. Borna-Leipzig 1905.

Brockhaus, Das Heer und die Kontingente der Einzelstaaten. 1888.

Hänel, Deutsches Staatsrecht. Bd. 1. 1892.

Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

Laband, Paul, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Aufl. 1901.

Laband, Paul, Das Reichsstaatsrecht. Im Handbuch des öffentlichen Rechts 1907.

Lehmann, Die rechtliche Natur des deutschen Offiziersdienstes, entwickelt aus der Geschichte und dem geltenden Rechte. In Hirths Annalen 1907 S. 541 ff., 618 ff., 722 ff.

Lehmann, Karl, Werbung, Wehrpflicht und Beurlaubung im Heere Friedrich Wilhelms I. In der Historischen Zeitschrift Bd. 67 S. 254—289.

Loening, Edgar, Die Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile. Im Verwaltungsarchiv Bd. 7 1899 S. 1 ff.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. 2 Bde. 1895/96.

Mayer, Otto, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 3 1888 S. 1 ff.

Mayer, Otto, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in Verwaltungssachen. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 21 1907 S. 1 ff.

Meyer, Georg, Lehrbuch des Staatsrechts. 6. Aufl. von Anschütz. 1905.

Meyer, Georg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 2. Aufl. 1893/94.

Müller, Walter Felix, Die Teilung der Militärgewalt. Leipziger Dissert. 1905.

v. Nostitz-Wallwitz, Das militärische Delikt des Ungehorsams. Leipziger Dissert. 1905.

Preuß, Das städtische Amtsrecht in Preußen. 1902.

Radnitzky, Ernst, Zur Lehre von der Treupflicht im Dienstverhältnisse. Im Archiv für öffentliches Recht Bd. 20 S. 119—129.

Walde, Reichsmilitärgesetz, Handausgabe. 1906.

Zorn, Streitfragen des Militärrechts. In der Deutschen Juristenzeitung 1906 S. 669 ff.

Abkürzungen.

Archiv = Archiv für öffentliches Recht.
E. = Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.
HO. = Heerordnung v. 22. 11. 1888.
MStGB. = Militärstrafgesetzbuch v. 20. 6. 1872.
MStGO. = Militärstrafgerichtsordnung v. 1. 12. 1898.
RGE. = Reichsgerichtsentscheidungen.
RMG. = Reichsmilitärgesetz v. 2. 5. 1874.
WO. = Wehrordnung v. 22. 11. 1888.

Erster Teil.

Die rechtliche Natur der militärischen Dienstpflicht.

§ 1.

I. Das Gewaltverhältnis.

Die öffentliche Dienstpflicht bedeutet einen Zustand des Unterworfenseins unter die öffentliche Gewalt, nicht ein „obligatorisches Kontraktsverhältnis, sondern ein Verhältnis der Über- und Unterordnung, eine potestas“,[1]) ein Gewaltverhältnis.[2]) Die Bedeutung dieser Erkenntnis liegt nicht darin, daß damit der Inhalt der Dienstpflicht bestimmt wäre, sondern darin, daß damit die Art ihrer Geltendmachung gekennzeichnet ist.[3]) Wir befinden uns auf dem Boden der „Ungleichheit der beiden Rechtssubjekte; der Wille des Berechtigten entscheidet mit selbständig bindender Kraft für das andere darüber, was aus dem Pflichtverhältnis geschuldet wird; seine Anforderungen sind erzwingbare Befehle“.[4]) Dienstgewalt und Disziplinargewalt sind die beiden Momente, die die öffentliche Dienstpflicht von dem privaten Dienstvertrage unterscheiden, die das Rückgrat des öffentlichen Gewaltverhältnisses bilden.

1. Nur sie sind essentialia des Gewaltverhältnisses, nicht dagegen das, was nicht mit logischer Notwendigkeit aus dem Begriff der Dienst- und Disziplinargewalt folgt, also nicht diejenigen Momente, die bei dem öffentlichen Gewaltverhältnisse wie bei dem privaten Dienstvertrage vorhanden sind, wie beispielsweise seine zeitliche Begrenztheit. Ebensowenig sind für den Begriff des Gewaltverhältnisses die Beschränkungen wesentlich, die es zugunsten der Dienstpflichtigen erlitten hat. Sie sind für den Inhalt des Gewaltverhältnisses von Bedeutung, ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein ist aber für die Be-

---

[1]) Laband Bd. 1 S. 405.

[2]) Laband ebenda; O. Mayer, Archiv Bd. 3 S. 56 und VerwR. Bd. 2 S. 234.

[3]) Mayer, Archiv Bd. 3 S. 56.

[4]) Mayer, Archiv Bd. 3 S. 52.

antwortung der Frage, ob ein Gewaltverhältnis vorliegt, unwesentlich.

2. Das Gewaltverhältnis entsteht nicht erst mit der Amtsübertragung, wie die Vertreter der organischen Staatstheorie behaupten.[5]) Denn auch der Dienstpflichtige, dem kein Amt übertragen oder dem es wieder entzogen worden ist, untersteht — es wird dies beim Offizier zur Disposition noch näher erörtert werden — der Dienstgewalt und Disziplinargewalt. Allerdings ist es richtig, daß bei dem Ehrenamt Dienst- und Amtspflicht zusammenfallen und dort die Amtsübertragung als derjenige Akt angesehen werden könnte, der das Gewaltverhältnis begründet. Aber bei dem berufsmäßigen Staatsdienst kann die Dienstpflicht mit Dienst- und Disziplinargewalt vor und ohne Amtsübertragung bestehen; da ist ein Gewaltverhältnis vorhanden auch ohne Amtsinnehabung. Dies nicht deshalb, weil die „alte, aber in wechselnden Formen immer wieder auftauchende individualistische Theorie und anorganische Konstruktion des Staatsdienerrechts mit der nach ihrem innersten Wesen sozialrechtlichen und organischen Erscheinung des Gemeindeamts, dessen reinster Ausdruck eben das Ehrenamt ist, nichts anzufangen weiß",[6]) sondern weil die Tatsachen dazu zwingen, Dienstpflicht und Amtsübertragung zu unterscheiden und schon die erstere als ein Unterworfensein unter die öffentliche Gewalt anzusehen.

3. Die organische Staatstheorie gibt aber weiter noch dem Gewaltverhältnisse eine breitere Grundlage; nach ihr wurzelt „das amtliche Gewaltverhältnis in der Zugehörigkeit der Einzelperson zur Gesamtperson als dem elementaren Gewaltverhältnisse"; nach ihr ist es „eine in ihrer Extensität beschränkte, in ihrer Intensität gesteigerte Zugehörigkeit einer Einzelperson zu einer Gesamtperson".[7]) Indes werden wir kaum einen Widerspruch zu fürchten haben, wenn wir beim Militärdienst eine militärische Gesamtperson und damit die weitere Grundlage leugnen und uns an der Tatsache des Gewaltverhältnisses selbst genügen lassen.

4. Das Gewaltverhältnis selbst kann auf doppelter Grundlage beruhen, nämlich auf gesetzlichem Zwang oder freiwilliger Unterwerfung. Gerade der Militärdienst ist auf beiden Grundlagen aufgebaut, ebenso auf dem Zwang, dem der Wehrpflichtige unterliegt, als auf der freiwilligen Unterwerfung desjenigen, der dann als Offizier und Kapitulant dem Heere angehört. Indessen

---

[5]) Preuß S. 75/76.
[6]) Preuß S. 76.
[7]) Preuß S. 298.

unterstehen beide in gleicher Weise der Dienst- und Disziplinargewalt. Das Gewaltverhältnis ist trotz der Verschiedenheit seiner Entstehung gleichartig. Diese Auffassung wird nicht geteilt von Jellinek,[8]) der betont, daß der Soldat in einem solchen Gewaltverhältnisse stehe, in dem ein Zwang zur Fortsetzung des Dienstverhältnisses, also ein Erfüllungszwang geübt werde. Wo aber ein Erfüllungszwang bestehe, da existiere nicht nur ein Gewaltverhältnis, sondern ein Herrschaftsverhältnis, das auf dem Imperium des Staates beruhend den Pflichtigen zur Fortsetzung des Dienstverhältnisses zwinge und in ihm festhalte, dem daher auch die Ausstoßung als letztes Disziplinarmittel fremd sei. Nun findet sich aber auch beim Offiziersdienst ein solcher Erfüllungszwang; denn der Offizier, der sich von seiner Truppe eigenmächtig entfernt, wird disziplinarisch[9]) oder gerichtlich bestraft und muß nach verbüßter Strafe seiner Dienstpflicht nachkommen, bis er entlassen ist. Und doch beruht die staatliche Strafbefugnis hier auf demselben Rechtsgrund wie bei den übrigen Staatsdienern, nämlich auf dem „öffentlichrechtlichen Vertrage". Dieser kann aber auch nach Jellineks Meinung nicht die Grundlage für ein Herrschaftsverhältnis sein. Bedeutet der Offiziersdienst demnach kein Herrschaftsverhältnis, so kann dann auch der gleichartigen Zwangsdienstpflicht nicht ein besonderer Charakter zugesprochen werden.

5. Das Gewaltverhältnis ist kein derartig allgemeines wie das des Staates zu seinen Untertanen, das ja auch als ein großes Gewaltverhältnis zu bezeichnen ist.[10]) Denn es ist nur zu einem besonderen Zwecke, der Erfüllung der Heeresaufgaben, begründet. Diese Zweckbestimmung gibt dem Gewaltverhältnisse seine Richtung. Es ist ein besonderes[11]) Gewaltverhältnis, dem der Pflichtige unterworfen ist, das durch seinen Zweck einen guten Teil seines Umfanges und seine Begrenzung erhält.

§ 2.

II. Die rechtliche Ordnung des Gewaltverhältnisses.

1. So wenig das Gewaltverhältnis von Staat und Untertan nur ein faktisches Machtverhältnis ist, wenn man die öffentliche Gewalt nicht in detaillierte Hoheitsrechte spaltet,[1]) so wenig ist

---

[8]) System 2. Aufl. S. 216 Anm. 1, 217.
[9]) vgl. § 64 MStGB., § 3 Abs. 2 EG. z. MStGB.
[10]) vgl. Mayer Bd. 1 S. 109 Anm. 13 und die dort Angeführten.
[11]) So Mayer, Archiv Bd. 3 S. 52 und VerwR. Bd. 1 S. 109 Anm. 13.
[1]) Wie dies Loening im VerwArchiv Bd. 7 S. 13f. gegen Mayer behauptet. Dagegen letzterer im Archiv Bd. 21 S. 39 Anm. 56.

das besondere Gewaltverhältnis ein bloßes Machtverhältnis. Wird die Dienstpflicht als Gewaltverhältnis angesprochen, so bedeutet dies nur eine Bezeichnung des öffentlichrechtlichen Moments im Dienstverhältnisse;[2]) dieses ist aber ein Rechtsverhältnis ebenso wie der private Dienstvertrag, und zwar nicht wegen seines Inhalts, sondern nur zufolge der eingetretenen Wirkung des Begründungsaktes.[3]) Eine Vergütung für das Unterworfensein unter das Gewaltverhältnis wird häufig gewährt, ein Anspruch auf Entlassung wird vielleicht stets anerkannt. Dadurch wird aber das Gewaltverhältnis auch nicht mehr zum Rechtsverhältnis, als es dies schon ohnedies ist.

2. Allerdings bewendet es im Rechtsstaate nicht bei der Aufrichtung einer besonderen rechtlichen Macht des Staates. Die Interessen des Pflichtigen fordern eine weitgehende Umgrenzung der Dienstgewalt. Diese ist auf doppeltem Wege erfolgt, nämlich

a) durch Rechtssätze, Gesetz und Rechtsverordnung. Der Typus ist das Beamtengesetz, in dem der Inhalt der Dienstpflicht mehr oder minder bestimmt, das „Recht" des Staates zur beliebigen Verwendung des Staatsdieners und zur Entlassung gegen seinen Willen eingeschränkt oder ausgeschlossen wird;

b) durch Bindung der öffentlichen Gewalt im Rahmen des Gewaltverhältnisses selbst. Verwaltungsakte ergehen für den einzelnen wie generell für alle Dienstpflichtigen, nicht nur, um das Gewaltverhältnis geltend zu machen, gegenüber den darin Begriffenen, sondern auch zur Bindung der öffentlichen Gewalt selbst.[4])

3. Auf diese Weise nimmt die Dienstpflicht der einzelnen Kategorien des Staatsdienstes einen verschiedenartigen Charakter an, je nachdem eine solche Beschränkung der Dienstgewalt in mehr oder minder großem Umfange eingetreten ist.[5]) Wenn nun das militärische Gewaltverhältnis eine Sonderstellung einnimmt, wenn für die Offiziere gerade das Beamtengesetz fehlt[6]) und Rechte der Pflichtigen nur nach besonderen Richtungen anerkannt sind, so bedeutet dies nur eine Besonderheit des militärischen

---

[2]) Archiv Bd. 3 S. 57.

[3]) Mayer Bd. 1 S. 108.

[4]) Indem besondere Gehaltszulagen gewährt und das Recht zur Versetzung des Beamten im einzelnen Falle ausgeschlossen wird. Der das Gewaltverhältnis begründende Verwaltungsakt ist besonders geeignet, solche Bindungen der öffentlichen Gewalt zu schaffen.

[5]) Ja es kann sich sogar der einzelne Dienstpflichtige auf diese Weise in einer besonderen Rechtsstellung befinden.

[6]) Wenn Haußmann in der Reichstagssitzung v. 5. 2. 1908 das Verhältnis der Offiziere zum Kontingentsherrn als ein gesetzliches bezeichnete, so war hierbei der Wunsch der Vater des Gedankens.

Gewaltverhältnisses, aber nicht eine Negation der Rechtsnatur des militärischen Gewaltverhältnisses überhaupt.[7])

§ 3.

III. Der Berechtigte des Gewaltverhältnisses.

Der Inhaber der Dienstgewalt in der Marine ist unbestritten der Kaiser. Ein um so lebhafterer Streit hat sich dagegen darüber entsponnen, wer im Heere Inhaber der Dienstgewalt ist, eine Frage, die mit dem Problem der Heeresverfassung im Deutschen Reiche eng zusammenhängt. Aus dessen Erörterung sind im wesentlichen drei Auffassungen hervorgegangen. Nach der einen[1]) ist das deutsche Heer ein Reichsheer, nach der anderen[2]) ein Kontingentsheer, während es nach einer dritten[3]) weder ein Reichsheer ist, da dem Reiche nicht die gesamte Militärgewalt zustehe, noch als ein Kontingentsheer aufzufassen ist, da den Kontingentsherrn die Dienstgewalt nicht ausschließlich zustehe, sondern als ein bundesstaatliches Heer zu bezeichnen ist.

Das Problem in seiner ganzen Größe hier aufzurollen, liegt keine Veranlassung vor; nur die Frage nach dem Inhaber der Dienstgewalt bedarf einer Erörterung.

1. Zunächst unterliegt es keinem Zweifel, daß die Offiziere und Reserveoffiziere von dem Kontingentsherrn ernannt, daß in seinem Namen die Kapitulationsverträge abgeschlossen werden und daß durch einzelstaatliche Behörden die Aushebung erfolgt, und nicht nur die Begründung des Gewaltverhältnisses, sondern auch die Amtsübertragung, Beförderung und Enthebung vom Amte wird durch den Kontingentsherrn und seine Organe vollzogen. Ferner erteilt der Kontingentsherr Dienstbefehle, die sich auf die Administration, Verpflegung, Bewaffnung und Ausrüstung der Truppenteile beziehen — wenngleich er gemäß Art. 63 V RV.

---

[7]) Wie dies Brand (insbesondere S. 106) behauptet.

[1]) Sie wird vertreten von Thudichum, Die Grundlagen der heutigen deutschen Kriegsverfassung, in v. Holtzendorffs Jahrb. 1873 S. 87ff; G. Meyer, VerwR. Bd. 2 S. 88; Zorn 1. Aufl. Bd. 1 S. 308; Schulze, Lehrb. Bd. 2 S. 253; v. Kirchenheim, Lehrb. S. 344; Brockhaus, Das deutsche Heer und die Kontingente der Einzelstaaten S. 214; Gau, Die Kontingentsherrlichkeit S. 80.

[2]) Sie wird geteilt von Seydel in Hirths Annalen 1875 S. 1396; Laband Bd. 4 S. 54, 67; Gümbel in Hirths Annalen 1899 S. 166; Denkschr. des Fürsten Bismarck im Archiv Bd. 4 S. 150; RGE. in Zivils. Bd. 20 S. 148.

[3]) W. F. Mueller, Die Teilung der Militärgewalt im deutschen Bundesstaate, Leipzig 1905, insb. S. 80f.

an die Anordnungen für die preußische Armee gebunden ist — sowie solche, die die Organisation und Formation, Bewaffnung Kommando sowie die Ausbildung der Mannschaften betreffen — wenngleich der Kaiser deren Einheitlichkeit gemäß Art. 63 III RV. zu überwachen hat. Wenn beispielsweise der Kontingentsherr die Dauer der Ausbildungsperiode, Dauer und Beginn der Übungen in größeren Verbänden bestimmt, so enthalten diese Verwaltungsmaßnahmen zugleich Befehle an alle Kommandoinhaber, die dies angeht. Das ist kein Patronatsrecht, das dem Kontingentsherrn zusteht, denn während dem Patronatsherrn eine Dienstgewalt nicht zusteht, hat sie der Kontingentsherr sehr wohl.

2. Aber bei der Dienstgewalt des Kontingentsherrn bewendet es nicht. Es würde mit dem Zwecke des Heeres unverträglich sein, wenn im Kriege jeder Kontingentsherr seine Truppenteile führte; die einheitliche Zusammenfassung aller Kräfte zur Niederkämpfung des Feindes würde dadurch gefährdet werden. Daher stehen alle Truppenteile im Kriege und auch im Frieden (mit Ausnahme von Bayern) gemäß Art. 63 I RV. unter dem Befehle des Kaisers. Er hat also eine Befehlsgewalt, ist Inhaber von Dienstgewalt. Vermöge dieser erteilt er indessen keine Befehle an die Kontingentsherrn, sondern nur an die Korpskommandeure und die ihnen unterstellten Kommandoinhaber, deren Befehle ihrerseits, vom Korpskommandeur bis zum Gruppenführer herab, Ausfluß kaiserlicher Befehlsgewalt sind. Diese umfaßt nicht alle Zweige des militärischen Dienstes, sie greift nicht dort ein, wo eine kontingentsherrliche Dienstgewalt in dem oben festgestellten Sinne existiert, also nicht dort, wo es sich nur um die auf die Ermöglichung der militärischen Machtentfaltung gerichteten Funktionen handelt, nicht auf dem Gebiete der Heeresverwaltung.[4]) Daran liegt auch der Reichsverfassung nichts. Wesentlich ist nach ihr nur der einheitliche Befehl hinsichtlich der eigentlichen militärischen Zwecktätigkeit, da soll der Kaiser militärische Befehle erteilen, da soll er „kommandieren". Auf diesem Gebiete steht ihm die Befehlsgewalt zu, das ist die sogen. Kommandogewalt, die sonach kaiserliche,[5])

---

[4]) Ein Befehl auf diesem Gebiete würde auch nach militärischem Empfinden nie als „Kommando" bezeichnet werden.

[5]) So auch W. F. Mueller S. 61ff. Laband erkennt daneben Bd. 4 S. 57 noch eine Kommandogewalt des Kontingentsherrn an, die dieser durch die Ernennung ausübe. In der Tat erfolgt die Übertragung der militärischen Befehlsgewalt durch die Amtsübertragung, nicht erst durch die Dienstanweisung des mit militärischem Befehlsrecht ausgestatteten militärischen Vorgesetzten, wie W. F. Mueller S. 40 Anm. 1 meint. Die Frage ist also die: Kann die Kommandogewalt auch von jemandem übertragen werden, der selbst nicht ihr Inhaber ist? Dies würde dann möglich sein, wenn ein

auf die militärische Machtentfaltung bezügliche Dienstgewalt ist. Diese Teilung der Dienstgewalt ist nichts Absonderliches. Auch der Richter steht im Gewaltverhältnisse zum Fürsten, und doch wird der Inhalt seiner Dienstpflicht hauptsächlich durch das Reichsrecht bestimmt. Während es aber bei ihm unpersönliche Normen des Reiches sind, die den Inhalt seiner Amtspflicht bestimmen, ist es bei den Militärpersonen der Wille einer lebendigen Person, der den Inhalt der Dienstpflicht hinsichtlich des unmittelbaren Heereszweckes bestimmt, vermöge dessen Existenz von einer kaiserlichen Dienstgewalt gesprochen werden kann.

Zweiter Teil.

Die Begründung der militärischen Dienstpflicht.

§ 4.

I. Die Begründung der Zwangsdienstpflicht.

Die Zwangsdienstpflicht wird nicht schon dadurch begründet, daß das Gesetz die Verpflichtung zur Leistung von Heeresdiensten ausspricht, auch nicht durch einen einfachen Befehl, der auf Grund des Gesetzes den einzelnen zur Leistung von Diensten heranzieht. Sondern wie zwischen der gesetzlichen Zahlungspflicht und der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher das Urteil steht, das feststellt, was im einzelnen Falle Rechtens ist,[1]) so tritt auch zwischen die gesetzliche Normierung der Zwangsdienstpflicht und den Gestellungsbefehl der Verwaltungsakt, der gegenüber dem Wehrpflichtigen ausspricht, was für ihn Rechtens sein soll.

I. Der Ausspruch der Ersatzbehörden ist seinem Inhalte nach nicht in deren Belieben gestellt.

1. Diese haben zunächst darüber zu entscheiden, ob die im Reichsmilitärgesetz aufgestellten Voraussetzungen für die Begründung des militärischen Gewaltverhältnisses vorhanden sind, ob insbesondere nicht „Reklamationsgründe“ vorliegen, kraft deren der Wehrpflichtige ein Recht auf Befreiung vom Heeres-

---

Rechtssatz existierte, der an die Amtsübertragung die Ausübung militärischer Befehls(Kommando-)gewalt knüpfte (vgl. darüber auf dem Gebiete der Selbstverwaltung Mayer Bd. 2 S. 405). Dieser Rechtssatz ist Art. 63 Abs. 1 RV.; der Gehorsamspflicht gegenüber dem Kaiser entspricht die kaiserliche Befehlsgewalt und die sich aus der kaiserlichen Befehlsgewalt herleitende Befehlsgewalt aller derjenigen, denen durch den Kontingentsherrn ein militärisches Amt übertragen worden ist.

[1]) vgl. Mayer Bd. 1 S. 95.

dienst hat. Somit ist der Ausspruch der Ersatzbehörden nicht ein Akt freien Ermessens, sondern ein gebundener Akt, eine Entscheidung,[2]) ein Rechtsprechungsakt. Diese Eigenschaft, ein streitiger Verwaltungsakt zu sein, hat der Verwaltungsakt schon von vornherein, er hat sie deshalb, weil er einem verletzbaren Rechte gegenübersteht,[3]) nämlich dem gesetzlich anerkannten Rechte auf gänzliche Befreiung vom Militärdienste oder auf Überweisung zur Ersatzreserve, sei es, daß der Militärpflichtige zeitig untauglich ist, sei es, daß ihm, was viel bedeutsamer ist, einer der Reklamationsgründe der §§ 20, 22 RMG. zur Seite steht. Überall handelt es sich um eine Entscheidung.

2. Bei dem Rechtsprechungsakte bewendet es aber nicht immer, und zwar gerade dann nicht, wenn der Verwaltungsakt das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der Heeresdienstpflicht bejaht. Die Aushebung ist nicht, wie G. Meyer[4]) sagt, ein Verwaltungsakt, welcher den Befehl enthält, in den Militärdienst einzutreten, sondern mit der Entscheidung bezw. ihrer Kundgabe ist das Gewaltverhältnis selbst begründet. Der Ausgehobene oder Ersatzreservist gehört nunmehr zu den Personen des Beurlaubtenstandes. Der Verwaltungsakt entscheidet also nicht nur, sondern begründet selbst die Dienstpflicht. Er ist rechtsändernder, rechtsgestaltender, konstitutiver Natur.[5])

3. Der Verwaltungsakt, der die Aushebung oder Überweisung zur Ersatzreserve ausspricht, wird von der Oberersatzkommission erlassen, nachdem die Ersatzkommission die Musterung vorgenommen hat. Die Rolle, die dabei der Militärpflichtige spielt, kann zweifach sein.

a) Der Militärpflichtige wird nach der Musterung durch die Ersatzkommission der Oberersatzkommission vorgestellt und ausgehoben. Er wird nach nicht viel mehr als nach seinem Namen gefragt. Er macht keine Befreiungsgründe geltend, er wird nicht gehört, ist gewissermaßen nur Augenscheinsobjekt. Ebenso ist es, wenn der Militärpflichtige wegen einer erlittenen Zuchthausstrafe vom Heere ausgeschlossen wird. Diese Ausschließung erfolgt sogar regelmäßig in Abwesenheit des Militärpflichtigen.[6]) Von einem Verfahren, bei dem der Militärpflichtige gehört wird, ist hier keine Rede. Es ergeht in diesen Fällen ein Verwaltungs-

---

[2]) So auch RMG. § 30 Ziff. 4 u. 8.
[3]) Mayer, Theorie des franz. VerwR. S. 105.
[4]) VerwR. Bd. 2 S. 79.
[5]) Anders, wenn der Militärpflichtige dem Landsturm überwiesen (WO. § 39) oder vom Heeresdienste ausgeschlossen wird (WO. § 37). In diesen Fällen ist der Verwaltungsakt deklaratorischer, rechtsfeststellender Natur.
[6]) WO. § 69 Ziff. 3 Abs. 2.

akt ohne Gehör des Pflichtigen, ohne seine Einwirkung auf den Verwaltungsakt selbst.

b) Anders, wenn der Militärpflichtige ein Recht auf Befreiung vom Militärdienst oder auf Überweisung zur Ersatzreserve geltend macht, sei es, weil ihm die Reklamationsgründe der §§ 20, 22 RMG. zur Seite stehen oder weil er zeitig untauglich ist.[7]) Dann ist er berechtigt, seinen Antrag durch Vorlegung von Urkunden und Stellung von Zeugen und Sachverständigen zu unterstützen, er hat ein Recht auf Gehör, es findet ein Verhandeln statt, also ein Verfahren, auch wenn es nicht an die strengen Formen des Zivilprozesses gebunden ist.[8]) Der Militärpflichtige ist nicht nur Augenscheinsobjekt, sondern das Rechtssubjekt, dem durch den im Prozeß ergehenden obrigkeitlichen Ausspruch bestimmt wird, was für es Rechtens ist, er ist also Partei.[9]) Es findet also vor den Ersatzbehörden, die bei der Entscheidung über das Vorliegen der Reklamationsgründe der §§ 20, 22 RMG. überdies noch verstärkt sind, ein Verfahren statt, in dem eine Partei ein Recht auf Gehör hat, es wird also eine einseitige[10]) Verwaltungsrechtspflege geübt. Dazu werden zwar keine besonderen Verwaltungsgerichte angerufen, der Rechtsweg ist ausgeschlossen,[11]) aber die Ersatzbehörden, also Verwaltungsbehörden, sind es, die hier Rechtspflege ausüben und die insoweit eben Verwaltungsgerichte sind.[12])[13])[14])

---

[7]) RMG. § 17.

[8]) Wenn Laband Bd. 4 S. 141 sagt, ein Prozeßverfahren finde nicht statt, so wird man dieses in zivilprozessualer Ausgeprägtheit auch im Verwaltungsstreitverfahren öfters vergeblich suchen. Wesentlich ist, daß die Betroffenen sich vor dem Verwaltungsakt über ihn aussprechen und darauf einwirken können; vgl. Mayer Bd. 1 S. 172. Das ist Verfahren genug.

[9]) Mayer, Archiv Bd. 21 S. 40 Anm. 56.

[10]) Über die Möglichkeit einer einseitigen Rechtspflege Mayer, Archiv Bd. 21 S. 39 Anm. 56.

[11]) Laband Bd. 4 S. 141.

[12]) Mayer, Theorie des franz. VerwR. S. 112: Verwaltungsgerichte sind solche Verwaltungsbehörden, welche beauftragt sind, in der Form der Rechtspflege zu handeln; ebenso Archiv Bd. 21 S. 10: Ein Verwaltungsgericht ist eine Behörde in der Verwaltung, die berufen ist, obrigkeitliche Aussprüche zu erlassen unter Mitwirkung der Beteiligten als Parteien.

[13]) Interessanterweise finden sich bei Laband in der 1. Aufl. seines Staatsrechts (§ 88 S. 154) folgende Sätze, deren Fehlen in den späteren Auflagen G. Meyer, VerwR. Bd. 2 S. 79 Anm. 21, nicht ohne eine gewisse Befriedigung konstatiert: „Ihrer Natur nach ist die Entscheidung über die Dienstpflicht aber kein Verwaltungsgeschäft, sondern ein richterliches Urteil. Sie besteht in der Feststellung der relevanten tatsächlichen Umstände und in der logischen Unterordnung derselben unter Rechtsregeln. Durch die Entscheidung der Ersatzbehörden wird in rechtskräftiger Weise der Anspruch des Staates auf die militärischen Dienste der Wehrpflichtigen bezw. das Vorhandensein und der Umfang der Dienstpflicht des letzteren festgestellt;

II. Der die Begründung des militärischen Gewaltverhältnisses aussprechende Verwaltungsakt hat, wie schon erwähnt, entweder eine „Aushebung“ oder eine „Überweisung zur Ersatzreserve“ zum Inhalt.

1. Die Aushebung erfolgt zum Dienst mit der Waffe oder zum Dienst ohne Waffe oder zum Dienst als Arbeitssoldat.[15]) Der Ausgehobene ist vor allem zur Ableistung der mehrjährigen „aktiven Dienstzeit“ verpflichtet. Das unterscheidet ihn wesentlich vom Ersatzreservisten. Ist die Aushebung von der Oberersatzkommission ausgesprochen, so ist der Verwaltungsakt, gleichgültig, ob er ein reiner Verwaltungsakt oder ein Urteil in dem oben ausgeführten Sinne ist, für das ständige militärische Mitglied der Oberersatzkommission formell rechtskräftig, soweit er nicht in einem Aushebungsbezirke ergeht, welcher seinen Rekrutenanteil nicht aufzubringen vermag.[15a]) Der „Reklamationsberechtigte“ hat dagegen die Möglichkeit, Berufung[16]) an die dritte Instanz einzulegen und erst, wenn auch diese die Aushebung ausspricht, ist für ihn der Verwaltungsakt formell rechtskräftig.[17]) Diese formelle Rechtskraft ist nichts Besonderes, sie besagt nur, daß der Rechtsmittelzug erschöpft ist.

Viel wesentlicher ist, ob der formell rechtskräftige Verwaltungsakt noch durch einen späteren Verwaltungsakt abgeändert werden kann, ob er auch materielle Rechtskraft genießt.

Daß eine solche einem „einfachen“ Verwaltungsakte nicht zukommt, bedarf keiner weiteren Erläuterung, da der Verwaltungsakt kein subjektives Recht begründet hat[18]) und daher seiner Natur nach abänderlich ist. Nicht anders steht es bei

---

sie schafft formelles Recht zwischen dem Staat und dem Wehrpflichtigen wie das gerichtliche Urteil unter den Prozeßparteien.“ Hier ist die Urteilsnatur der Verwaltungsakte der Ersatzbehörden richtig erkannt; nur ist über das Ziel hinausgeschossen, wenn jedem Verwaltungsakt der Ersatzbehörden eine solche Qualität zugeschrieben wird.

[14]) Man könnte versucht sein, Verwaltungsrechtspflege nur dort anzunehmen, wo die verstärkten Ersatzbehörden entscheiden. Dies wäre aber nicht richtig. Denn auch dann, wenn der Militärpflichtige seine Tauglichkeit bestreitet und zum Beweise dessen Sachverständige benennt, erfolgt die Entscheidung auf Grund eines Verfahrens. Entscheidend dafür, ob ein Urteil oder ein Verwaltungsakt vorliegt, ist lediglich, ob nach Anhörung der Partei gesprochen worden ist. So Mayer Bd. 1 S. 172 Anm. 22.

[15]) WO. § 43 Ziff. 1.

[15a]) RMG. § 30 Ziff. 8 Abs. 2.

[16]) RMG. § 30 Ziff. 8 Abs. 1.

[17]) Die vierte Instanz entscheidet gemäß § 2 Ziff. 3 letzter Abs. WO. nur bei Meinungsverschiedenheiten bei den Ersatzbehörden dritter Instanz.

[18]) s. unten § 19.

den Urteilen. Von einer relativen Rechtskraft kann zunächst nicht gesprochen werden. Denn wenn diese die Gebundenheit des Urteils nicht gegen die Partei, sondern für die Partei und in ihrem Interesse bedeutet,[19]) so ist eine Gebundenheit für den nunmehr Zwangsdienstpflichtigen nicht wohl denkbar. Denn sein behauptetes Recht auf Befreiung vom Militärdienste oder auf Überweisung zur Ersatzreserve ist ja gerade verneint worden, und ein subjektives Recht an dem Urteile, das die Dienstpflicht begründet, gegen die er sich erst gesträubt hatte, ist nicht annehmbar.

Aber auch eine absolute Rechtskraft, eine Unabänderlichkeit für die Heeresverwaltung und eine Pflicht, den Ausgehobenen in dem mehrjährigen aktiven Dienst bis zum Schlusse festzuhalten, besteht nicht, denn die Heeresverwaltung ist berechtigt,[20]) aktive Mannschaften der Kavallerie und reitenden Feldartillerie vor Ablauf ihrer aktiven Dienstzeit durch sogen. Beurlaubung zur Disposition des Truppenteils zu entlassen und damit das Urteil, das die Pflicht zur Leistung des aktiven Dienstes während der gesetzlich bestimmten Zeit ausgesprochen hatte, seinem Inhalte nach abzuändern.[21])

2. Der die Zwangsdienstpflicht begründende Verwaltungsakt kann aber auch statt der „Aushebung“ die „Überweisung zur Ersatzreserve“ zum Inhalt haben. Auch sie bedeutet die Unterwerfung unter das militärische Gewaltverhältnis.[22]) Denn die zur Ersatzreserve überwiesenen Personen gehören gemäß § 11 des Reichsgesetzes v. 11. 2. 1888 zu den Mannschaften des Beurlaubtenstandes und unterscheiden sich von den Ausgehobenen nur dadurch, daß sie im Frieden bloß zur Ableistung von drei Übungen verpflichtet sind, von denen die erste zehn Wochen, die zweite sechs Wochen und die dritte vier Wochen dauert.

---

[19]) Mayer, Archiv Bd. 21 S. 33.

[20]) HO. § 14; RMG. § 56 Ziff. 4.

[21]) Dagegen würde nicht gegen die absolute Rechtskraft sprechen, daß der aktiv Dienstpflichtige solche gesetzliche Befreiungsgründe, welche nach der Aushebung eingetreten sind, gemäß § 53 RMG. geltend machen und dadurch seine Entlassung aus dem aktiven Dienste erzwingen kann. Denn insoweit handelt es sich um nova, die auch gegenüber dem rechtskräftigen Urteile wirken.

[22]) Nicht auch die Überweisung zum Landsturm. Denn die Landsturmpflicht bedeutet nur die Pflicht, im Kriegsfalle an der Verteidigung des Vaterlandes teilzunehmen, aber keine Dienstpflicht im Frieden, auch nicht eine subsidiäre, wie Laband Bd. 4 S. 169 meint. Wird einem Landwehrmanne zweiten Aufgebots, der nicht übungspflichtig ist, die Ableistung einer Übung anbefohlen, so ist der Befehl gesetzwidrig, aber rechtswirksam; denn er ist de iure dienstpflichtig, einem Landsturmpflichtigen gegenüber würde der gleiche Befehl nichtig sein.

a) Die Überweisung wird ebenso wie bei der Aushebung entweder durch einen reinen Verwaltungsakt oder durch einen in der Form der Verwaltungsrechtspflege ergangenen Verwaltungsakt, also durch ein Urteil eines Verwaltungsgerichts ausgesprochen.

b) Auch hier ist die Überweisung, wenn der Instanzenzug erschöpft ist, als solche formell rechtskräftig, auch hier wird durch das Urteil das Gewaltverhältnis selbst begründet, ist also das Urteil konstitutiver Natur. Nur in einem Punkte unterscheidet sich die getroffene Entscheidung von der Aushebung, der Pflichtige ist nur zur Ersatzreserve überwiesen, er hat im Frieden nur zwanzig Wochen zu dienen. Wenn also auch der Militärpflichtige von der Dienstpflicht nicht völlig befreit worden ist, so enthält doch das Urteil im Gegensatze zur Aushebung eine Beschränkung der Dienstpflicht, die zwar nicht Gegenstand eines subjektiven öffentlichen Rechtes ist,[23]) aber doch einen rechtlichen Vorteil für die Partei bedeutet, der gegenüber es ergangen ist.

c) Daß dieser Vorteil dem Ersatzreservisten nicht ohne weiteres entzogen werden kann, hat die Praxis schon längst anerkannt. So macht ein Zirkular des preußischen Ministers des Innern und des Kriegsministers v. 31. 7. 1894[24]) „zur Beseitigung von Zweifeln hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen endgültige Entscheidungen der Oberersatzkommission zuungunsten der Militärpflichtigen[25]) abgeändert werden dürfen, darauf aufmerksam, daß derartige Abänderungen nur insoweit zulässig sind, als sie vom RMG. (§ 30 Ziff. 8 Abs. 2; WO. § 36 Ziff. 2 Abs. 3) vorgesehen oder unter ähnlichen Voraussetzungen angezeigt erscheinen, wie sie für die Wiederaufnahme des Verfahrens zuungunsten eines Angeklagten vorgeschrieben sind". Es wird also die Möglichkeit einer Abänderung des Verwaltungsaktes zuungunsten des Militärpflichtigen nur insoweit anerkannt, als eine Berufung seitens des Militärpflichtigen möglich ist — dann ist die Entscheidung überhaupt noch nicht endgültig, nicht formell rechtskräftig — oder einer der Gründe der Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß vorliegt.[26])

Ähnlich spricht sich auch die Literatur aus. Nach Laband[27]) unterliegen, von der Möglichkeit einer Berufung abgesehen, „die

---

[23]) s. unten § 19.

[24]) Abgedr. im Sächs. Wochenbl. 1894 S. 206.

[25]) Dasselbe muß auch für diejenigen Dienstpflichtigen gelten, die zur Ersatzreserve überwiesen worden sind.

[26]) § 438 MStGO.

[27]) Bd. 4 S. 143.

Entscheidungen nicht der Anfechtung und Abänderung; sie haben den Charakter von endgültigen gerichtlichen Urteilen".[28]) Ebenso spricht sich Walde[29]) dahin aus, daß den endgültigen Entscheidungen der Oberersatzkommission der Charakter von endgültigen gerichtlichen Urteilen beigelegt werden müsse, wenn die Absicht des Gesetzes erreicht und die Militärpflichtigen und ihre Angehörigen vor rechtlicher und wirtschaftlicher Unsicherheit geschützt werden sollen. Er schließt sich der Meinung des preußischen Runderlasses an mit der Begründung, es sei um so bedenklicher, die endgültig gefaßten Beschlüsse der Oberersatzkommission wegen nachträglich veränderter Umstände wieder umzustoßen, als Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse immer nur zufällig zur Kenntnis der Ersatzbehörden kommen, indem eine weitere Kontrolle der Militärpflichtigen, die eine endgültige Entscheidung erhalten haben, bei ihnen nicht mehr stattfindet, vielmehr die Namen dieser Militärpflichtigen in den Listen gestrichen werden.

Diese Auffassungen stehen aber weder mit der Praxis noch mit dem Reichsmilitärgesetz völlig im Einklang, denn nach § 21 Abs. 2 RMG. kann ein Ersatzreservist, der sich der Erfüllung des Zweckes entzieht, welcher seine Befreiung vom Militärdienste herbeigeführt hat, vor Ablauf des Jahres, in welchem er das 25. Lebensjahr vollendet, nachträglich „ausgehoben" werden. Wenn also beispielsweise der unterhaltspflichtige Ersatzreservist[30]) heiratet und es dadurch für ihn unzweifelhaft wird, daß er zur weiteren Leistung einer Unterstützung von dem Umfange des § 20 Ziff. 1 RMG. nicht mehr imstande ist,[31]) so kann er noch nachträglich „ausgehoben" werden; es kann also das Urteil, das die Überweisung zur Ersatzreserve ausgesprochen hat, abgeändert werden.[32]) Stirbt dagegen der Unterhaltsberechtigte, so ist die Abänderung ausgeschlossen. Darüber ob auch der zeitig Untaugliche, der nach der Überweisung noch diensttauglich wird, nachträglich noch zum aktiven Dienst herangezogen werden kann, darüber schweigt das Reichsmilitärgesetz. Dieses Schweigen wird dahin auszulegen sein, daß eine nachträgliche Heranziehung

---

[28]) Dieser Satz vertritt in den neuen Auflagen die in der ersten Auflage gemachten in Anm. 13 zit. bestimmteren Ausführungen.

[29]) RMG., Handausgabe 1906 S. 47.

[30]) vgl. den Befreiungsgrund des § 20 Ziff. 1 RMG.

[31]) vgl. Fischers Zeitschr. Bd. 24 S. 332.

[32]) Um eine neue „Aushebung", wie RMG. § 21 Abs. 2 sagt, handelt es sich im Grunde nicht, da die Aushebung die Begründung des Gewaltverhältnisses zugleich zum Inhalte hat, dieses aber für den Ersatzreservisten schon besteht.

schon aus den von Walde angegebenen Gründen als ausgeschlossen erachtet worden ist. Also ist die Änderung des die Überweisung aussprechenden Verwaltungsaktes zwar möglich, aber abgesehen von dem Falle der Wiederaufnahme des Verfahrens darauf beschränkt, daß der Ersatzreservist sich der Erfüllung des Zweckes entzieht, der seine Überweisung herbeigeführt hat, daß er also gewissermaßen arglistig das Urteil erstritten hat.

Diese prinzipielle Unabänderlichkeit folgt bei den „reinen" Verwaltungsakten daraus, daß das Reichsmilitärgesetz nur einen Fall der Möglichkeit einer Abänderung normiert. Bei den in der Form der Verwaltungsrechtspflege ergehenden Verwaltungsakten — den Urteilen — folgt sie weder aus der absoluten Rechtskraft des Urteils, denn diese müßte auch dann zu bejahen sein, wenn das Urteil die „Aushebung" ausspricht, noch daraus, daß durch das Urteil ein subjektives öffentliches Recht, etwa auf Anerkennung der Ersatzreservestellung, begründet wäre, da ein solches Recht undenkbar ist,[33]) sondern daraus, daß es zugunsten des Pflichtigen ergangen ist, daß er ein subjektives öffentliches Recht am Urteil[34]) erhalten hat, daß dieses relative Rechtskraft genießt.

d) Daß nur relative Rechtskraft des Urteils vorliegt, wird weiter bedeutsam in dem Falle, daß der Ersatzreservist selbst seine Zustimmung zur Abänderung des Urteils der Oberersatzkommission gibt. Es ist ja nicht unmöglich, daß der Ersatzreservist den Wunsch hegt, noch seiner aktiven Dienstpflicht zu genügen, etwa um später kapitulieren zu können. Besäße das Urteil der Oberersatzkommission absolute Rechtskraft, so wäre eine derartige Abänderung des Urteils unmöglich. Anders, wenn dem nur das subjektive öffentliche Recht des Pflichtigen gegenübersteht, das ja verzichtbar ist.[35]) Wenn also der Ersatzreservist seine Zustimmung zur „nachträglichen Aushebung" gibt, so ist die Rechtsschranke weggefallen und die Verwaltungsbehörde, deren Verwaltungsakt mit Zustimmung der Partei ergeht, die das Urteil erwirkt hat, ist imstande, von dem, was das Urteil bestimmt hatte, abzuweichen.[36])

---

[33]) s. unten § 19.

[34]) Über dieses Recht Mayer Bd. 1 S. 176 und neuerdings Archiv Bd. 21 S. 1ff., insbes. S. 33f.

[35]) Mayer, Archiv Bd. 21 S. 35: Die alte Lehre von der Unverzichtbarkeit öffentlicher Rechte ist ja ein überwundener Standpunkt.

[36]) Mayer, Archiv Bd. 21 S. 65.

§ 5.

2. Die Begründung der freiwillig übernommenen Dienstpflicht.

Außer auf dem Wege des Zwanges gewinnt die Heeresverwaltung noch weitere Kräfte zur Erfüllung ihrer Aufgabe durch deren freiwilligen Eintritt in das Gewaltverhältnis. Der Offizier und der Reserveoffizier werden ernannt, mit dem Kapitulanten wird der „Kapitulationsvertrag" abgeschlossen.

1. Diesen scheinbar verschiedenartigen Formen liegt ein einheitliches Moment zugrunde. Stets ist es der einseitige Akt der Staatsgewalt, der die Dienstpflicht begründet.[1]) Diese Auffassung wird lebhaft bestritten[2]) von denjenigen, nach deren Meinung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, also ein Vertrag die Entstehungsform der freiwillig übernommenen Dienstpflicht ist. In der Tat ist es die Einwilligung des einzelnen, die hier die Staatsgewalt zur Begründung des Gewaltverhältnisses zuständig macht. Aber eine größere Bedeutung hat die Einwilligung nicht. Sie ist weder nur eine Offerte, durch deren Annahme seitens des Staates der Vertrag abgeschlossen ist, noch die Annahme einer staatlichen Offerte seitens des einzelnen; sie ist nur die Voraussetzung für ein wirksames Tätigwerden der öffentlichen Gewalt. Mangels einer allgemeinen gesetzlichen Verpflichtung zum Eintritt in den Staatsdienst, wie sie noch Gönner aufstellte, ist es eben die Einwilligung des einzelnen, die der Heeresverwaltung die Macht verleiht, das Gewaltverhältnis zu begründen. Das Wirkende bei der Anstellung ist demnach der Wille des Staates,[3]) der der Verwaltung zugehörige Akt, der kraft erklärter Einwilligung imstande ist, im einzelnen Falle auszusprechen, was für den die Einwilligung Erteilenden nunmehr Rechtens ist; die Entstehungsform der freiwillig übernommenen Dienstpflicht ist also der Verwaltungsakt.

2. Das Ergehen des Verwaltungsaktes steht im freien Ermessen der Heeresverwaltung. Es wird zwar auch hier festgestellt, daß die Voraussetzungen für die Begründung des Gewaltverhältnisses vorhanden sind, daß die Prüfungen bestanden sind, daß (hinsichtlich des Kapitulanten) Strafen wegen Mißhandlung nicht verhängt worden sind, aber auch bei Bejahung aller Voraussetzungen ist die Behörde nicht gebunden, den Ver-

[1]) Mayer Bd. 2 § 44 und Archiv Bd. 3 S. 1 ff. sowie vom Standpunkte der organischen Staatstheorie aus Preuß, insbes. S. 76 ff., da es sich um eine Unterwerfung der Gliedperson unter die Gesamtperson handle.

[2]) Laband Bd. 1 § 45 S. 418 ff. und die dort Angeführten.

[3]) Mayer Bd. 2 S. 221.

waltungsakt zu erlassen; die Annahme des Bewerbers ist ein Akt freien Ermessens, eine Verfügung.

3. Überall da, wo ein solcher Verwaltungsakt nicht ergangen ist, ist auch keine Dienstpflicht begründet. Daher sind nicht dienstpflichtig die Offiziere außer Dienst, auch dann nicht, wenn sie sich verpflichtet haben, im Kriegsfalle ein Kommando zu übernehmen. Denn ihnen gegenüber hat nicht nur eine Enthebung vom Amte, sondern auch — gerade im Gegensatze zu den Offizieren zur Disposition — eine Verabschiedung, d. h. eine Entlassung aus dem Dienstverhältnisse selbst stattgefunden, wogegen auch die Befugnis zum Tragen einer Uniform, der Bezug einer Pension und die Führung des ihre Verabschiedung bezeichnenden Titels nicht als Gegenbeweis ins Feld geführt werden können.[4]) Denn weder der Titel noch das Kleid, sondern die Stellung macht den Offizier zur Militärperson im Rechtssinne,[5]) und der Ruhegehalt, der nicht vom Militärfiskus, sondern aus dem sogen. allgemeinen Pensionsfonds gezahlt wird, weist ebensowenig beim Offizier wie bei anderen Reichsbeamten, deren Ruhegehalt aus demselben Fonds fließt, auf eine noch bestehende Dienstpflicht hin.[6]) An dieser Rechtslage wird auch dadurch nichts geändert, daß der Offizier auf eine gemäß § 34 des Militärpensionsgesetzes ergehende Anfrage seine Einwilligung erklärt, im folgenden Jahre im Kriegsfalle ein Kommando zu übernehmen. Denn diese bedeutet nur die vorsorgliche Begründung der Zuständigkeit zum Erlaß eines Verwaltungsaktes, dessen Ergehen nach ob, wann und wie noch völlig in Frage steht.

§ 6.

3. Unwirksamkeit des Verwaltungsaktes.

Die militärische Dienstpflicht kann nur durch den Verwaltungsakt derjenigen Behörden begründet werden, die dazu befugt, dazu zuständig sind. Der von einer absolut unzuständigen Behörde ausgehende Akt würde der Kraft entbehren, ein Gewaltverhältnis zu schaffen, er würde nichtig sein. Aber auch der Akt der zuständigen Behörde bedarf unter Umständen der Bestätigung oder Genehmigung einer höheren Stelle.[1]) So bedarf

---

[4]) A. M. Zorn, DJZ. 1906 S. 672.

[5]) So Hecker, Artikel „Militärpersonen“ in Stengels Wörterb.; Apel S. 51.

[6]) Apel ebenda.

[1]) Sehr häufig findet sich diese Erscheinung bei den städtischen Ämtern, bei denen der Gewählte noch einer Bestätigung durch eine staatliche Behörde bedarf.

die Annahme von Kapitulanten seitens des Bataillons noch der Bestätigung des Regimentskommandeurs, der Eintritt des Ausländers in das Heer der Genehmigung des Kontingentsherrn. Nimmt der Bataillonskommandeur einen Kapitulanten an, so ist die Wirkung dieses Aktes so lange in der Schwebe, bis die Bestätigung eintrifft. Immerhin ist aber bis dahin schon etwas rechtlich Bedeutsames geschehen. Der Unteroffizier kann in der Zwischenzeit gültige Befehle erteilen und Löhnung empfangen. Wird die Bestätigung versagt, so ist die ehemalige Annahme nicht ein nihil actum, wie bei den nichtigen Verwaltungsakten, sondern sie wird wie die zivilistischen genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte, bei denen die Genehmigung ausbleibt, nunmehr ex tunc unwirksam, der Kapitulant ist von Anfang an nicht Militärperson geworden.[2])

§ 7.

4. Ungültigkeit des Verwaltungsaktes.

Abgesehen von diesen Fällen der Nichtigkeit und Unwirksamkeit steht aber der Verwaltungsakt auf sich selbst, wie Mayer sagt. Die obrigkeitliche Gewalt bezeugt sich immer zunächst als rechtmäßig.[1]) Dies gilt auch dann, wenn der behördliche Akt materiell eine Gesetzesverletzung enthält. Dann ist zwar ein Verwaltungsakt ergangen, der wegen Gesetzesverletzung ungültig ist, aber ungültig nicht in dem Sinne, daß er überhaupt nicht existierte. Die Ungültigkeit des Verwaltungsaktes ist nur „ein Grund für eine Unwirksamkeitserklärung, soweit eine solche im Wege des Rechtsmittelverfahrens möglich ist, aber kein Grund der Unwirksamkeit".[2]) Von besonderer Bedeutung sind dabei folgende Fälle:

a) Es sind Militärpflichtige ausgehoben worden, obwohl sie infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen dienstunbrauchbar sind, oder infolge der Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe zum Dienst im deutschen Heere oder der Marine unfähig sind oder als zu schwach oder zu klein oder mit heilbaren Krankheiten von längerer Dauer behaftet zurückgestellt werden müßten, oder

---

[2]) Im Resulsate richtig E. Bd. 5 S. 24, die von der Vertragsauffassung ausgeht, aber auch ausspricht, daß eine mündliche, unter Vorbehalt ergangene Kapitulation, zu der die Bestätigung nicht erteilt wird, nicht die Wirkung habe, jemanden zur Person des aktiven Heeres zu machen.

[1]) Mayer Bd. 1 S. 99.

[2]) Mayer ebenda.

wenigstens nicht zum aktiven Dienst ausgehoben werden dürften. In allen diesen Fällen besteht die „durch das Gesetz (richtiger den Verwaltungsakt) begründete Verpflichtung zur Leistung des Heeresdienstes bis zur Entlassung im geordneten Wege fort".[3])

b) Es sind Ausländer, Mitglieder regierender Häuser oder Mitglieder der mediatisierten, vormals reichsständischen oder derjenigen Häuser, welchen die Befreiung von der Wehrpflicht durch Verträge zugesichert ist oder auf Grund besonderer Rechtstitel zusteht,[4]) ferner von der Insel Helgoland herstammende Personen oder ihre vor dem 11. August 1890 geborenen Kinder[5]) zum Heeresdienst ausgehoben worden. Wenn nun sich nachträglich herausstellt, daß der Ausgehobene einer dieser Kategorien angehört, so hat zwar, wenigstens bei den Ausländern, gemäß WO. § 21 Ziff. 5 „sofort eine Entlassung aus jedem Militärverhältnis und Streichung in den militärischen Listen zu erfolgen", aber bis zu dieser Entlassung ist der Ausgehobene deutscher Soldat.[6]) Seine besondere Eigenschaft gibt ihm nur einen Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes, der ihm gegenüber wirksam ergangen war, wenngleich er die Voraussetzung seines Ergehens, die Wehrpflicht des Zwangsdienstpflichtigen, irrtümlich bejaht hatte.

c) Es sind ehemalige Deutsche, welche das Reichsgebiet verlassen, die Reichsangehörigkeit verloren, eine andere Staatsangehörigkeit aber nicht erworben oder wieder verloren haben, ausgehoben worden, obwohl sie einen „dauernden" Aufenthalt in Deutschland nicht genommen haben, also gemäß § 11 RMG. nicht ausgehoben werden durften. Der Verwaltungsakt ist hier trotzdem wirksam; denn kraft der Rechtsprechungsnatur des Aushebungsaktes entscheidet dieser zugleich darüber und dahin, daß der Aufenthalt der ehemaligen Deutschen als ein dauernder anzusehen war. Es besteht also nur noch die Möglichkeit, ihn im Wege der Berufung gemäß § 30 Ziff. 8 Abs. 2 RMG. anzufechten.[4])

d) Es sind bei der Aushebung die formellen Vorschriften, etwa des Reichsmilitärgesetzes, nicht beachtet worden, es haben beispielsweise an der Abstimmung der verstärkten Ersatzkom-

---

[3]) E. Bd. 2 S. 224.

[4]) WO. § 4 Ziff. 1.

[5]) Reichsgesetz v. 15. 12. 1890 § 3. Der weitere Fall hinsichtlich der Elsaß-Lothringer ist unpraktisch geworden.

[6]) Anderer Meinung das Reichsmilitärgericht in ständiger Rechtsprechung; vgl. E. Bd. 2 S. 53, Bd. 6 S. 78, Bd. 7 S. 273, wo die Möglichkeit der Begehung der Fahnenflucht durch einen Ausländer verneint wird. Dagegen auch Rissom im Arch. Bd. 22 S. 553.

[4]) So auch im Resultate richtig E. Bd. 7 S. 271.

mission nicht alle Mitglieder teilgenommen, es sind also Formvorschriften nicht beachtet worden. Auch in diesen Fällen bezeugt sich zunächst der Verwaltungsakt als rechtmäßig und bleibt es dem Rechtsmittelverfahren vorbehalten, diese Verstöße geltend zu machen.

§ 8.

5. Zeitpunkt der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes.

Der Verwaltungsakt äußert seine Wirkungen nicht schon mit dem Momente seines Erlasses durch die Behörde, er wird vielmehr „allgemeiner Regel der Verwaltungsakte gemäß“ [1]) erst wirksam mit der Kundgabe [2]) an den Betroffenen.[3])[4]) Eine solche Bekanntmachung genügt indessen auch. Eine weitere Bekanntmachung an alle Beteiligten, z. B. die Soldaten der Abteilung, bei der ein Gefreiter zum Vorgesetzten ernannt worden ist, ist nur von strafrechtlicher Bedeutung, indem erst von diesem Augenblicke an der ungehorsame Untergebene nachweislich in Kenntnis der Vorgesetzteneigenschaft handelt. Die Vorgesetzteneigenschaft besteht aber schon von dem Zeitpunkte, wo der Gefreite den Dienstauftrag erhalten hat, der die Erteilung von Befehlen in sich schließt.[5]) Die Befehligung allein ist es, die die Vorgesetzteneigenschaft begründet.

§ 9.

6. Form des Verwaltungsaktes.

Um der Tatsache des Ergehens des Verwaltungsaktes eine offensichtlichere Form zu geben, haben einzelne Gesetze und Verordnungen bei der Anstellung eine bestimmte Form der

---

[1]) Mayer Bd. 2 S. 210; auch E. Bd. 3 S. 93.

[2]) Deren Stelle vertritt bei den Ausgehobenen die Aushändigung des Urlaubspasses. Nach § 73 Ziff. 5 WO. treten die Ausgehobenen mit der Aushändigung des Urlaubspasses als Rekruten zu den Mannschaften des Beurlaubtenstandes über.

[3]) Mayer Bd. 2 S. 210; Laband Bd. 1 S. 424, insbes. Anm. 3, wo auch die Meinung, der Verwaltungsakt trete in Wirkung mit dem Datum seines Dekrets, mit Recht abgelehnt wird.

[4]) So auch E. Bd. 3 S. 93. In diesem Falle hatte der Gerichtsherr in einer Strafsache in dienstlicher Eigenschaft Berufung eingelegt, während die seine Verabschiedung verfügende Ordre zwar unterzeichnet, aber ihm noch nicht bekannt gemacht worden war. Die eingelegte Berufung wurde als rechtswirksam anerkannt.

[5]) Unrichtig E. Bd. 9 S. 161, Bd. 10 S. 74 u. Bd. 10 S. 244f.

Kundgabe vorgeschrieben, beispielsweise ist durch § 4 des Reichsbeamtengesetzes die Aushändigung einer Anstellungsurkunde und für die Kapitulationsverträge deren schriftliche Abfassung durch Kabinettsordre angeordnet.[1]) Für die Anhänger der Theorie vom öffentlichrechtlichen Vertrage liegt es nahe, einen nicht schriftlich abgeschlossenen Vertrag nach Analogie der nicht formrichtig abgeschlossenen Verträge des Privatrechts für ungültig zu erklären.[2]) Aber wie die Überreichung der Anstellungsurkunde nicht essentiale der Anstellung ist, so wird auch die öffentliche Gewalt durch derartige Vorschriften nicht ohne weiteres derart gebunden, daß sie auf einem anderen Wege eine Anstellung nicht vollziehen könnte. Vielmehr bedarf es dazu einer solchen Bestimmung, die diese Absicht klar zum Ausdruck bringt. Daß die erwähnte Kabinettsordre dies täte, wird man nicht sagen können; es handelt sich hier nur um eine Ordnungsvorschrift.

Dritter Teil.

Die Stufen in der Erfüllung der militärischen Dienstpflicht.

§ 10.

I. Einleitung.

Mit der Begründung der militärischen Dienstpflicht steht der Pflichtige nunmehr dem Staate zur Verfügung, um militärische Dienste zu leisten. Aber diese werden weder vom Zeitpunkte der Begründung des Gewaltverhältnisses noch für dessen ganze Dauer in Anspruch genommen. Vielmehr bedeutet die Zeit der aktiven Dienstpflicht in Friedenszeiten für den Ausgehobenen nur einen kleinen und für den Ersatzreservisten nur einen minimalen Teil seines Unterworfenseins unter die besondere öffentliche Gewalt. Wenn der Zwangsdienstpflichtige seine Ausbildung genossen hat, dann hat die Heeresverwaltung kein Interesse mehr, ihn bei den Fahnen zu behalten; es genügt ihr, daß er für die Übungen und für den Kriegsfall zur Verfügung steht. Ebenso fällt bei dem Offizier Amtsinnehabung und Dienstpflicht nicht zusammen; der ersteren folgt häufig eine Zeit, in der der Offizier zur Disposition steht.

---

[1]) Kabinettsordre v. 8. 6. 1876, vgl. Laband Bd. 4 S. 202.

[2]) So Rehm in Annalen 1885 S. 140 und Laband Bd. 1 S. 423 und Bd. 4 S. 202.

Ja nicht einmal mit der Amtsinnehabung ist die aktive Dienstpflicht verknüpft; vielmehr gibt es Amtsträger, die ihr Amt weder auszuüben verpflichtet noch dazu berechtigt sind; das sind die Amtsträger des Beurlaubtenstandes, die Offiziere und Unteroffiziere der Reserve. Bei beiden handelt es sich um eine prinzipielle gleichartige Erscheinung. O. Mayer,[1]) der sich mit beiden gelegentlich der Frage nach der Rechtsstellung der Reserveoffiziere beschäftigt, macht einen Unterschied zwischen der Rechtsstellung beider; er sagt: „Der Unteroffizier, der seine aktive Dienstpflicht für diesmal beendigt hat, behält seine Dienstpflicht und seine Qualifikation; wenn er wieder einberufen wird, wird er wieder als Unteroffizier Dienst tun. Aber in der Zwischenzeit ist er nicht Unteroffizier; er hat kein Amt, das er mit nach Hause nimmt, sondern hat es nur, solange er bei der Fahne steht, gerade wie Geschworener und Schöffe nur im Gerichtssaale. Der Reserveoffizier bleibt Offizier auch im Beurlaubtenstande, das Amt hängt ihm an". Hier wird ganz richtig betont, daß der Reserveoffizier auch im Beurlaubtenstande Amtsträger ist und daß der aktive Unteroffizier ein Amt hat, dagegen wird dem Unteroffizier der Reserve mit Unrecht die Amtsträgerschaft abgesprochen. Denn schon daraus, daß letzterer, wenn er einberufen wird, wieder als Unteroffizier Dienst tun wird, folgt, daß er das Amt zur Zeit der neuen Einberufung noch hat. Denn eine neue Amtsübertragung erfolgt keineswegs. Es ist aber auch nicht einzusehen, wodurch er sein Amt verloren haben könnte, wenn seine aktive Dienstpflicht für diesmal endigt. Weder der die Entlassung aussprechende Verwaltungsakt noch eine Gesetzesbestimmung sprechen eine besondere Enthebung vom Amte aus. Dieses behält der zur Reserve entlassene Unteroffizier demnach, und die Qualifikation, von der Mayer spricht, ist nichts anderes als das Amt selbst. Diese Auffassung entspricht auch vollkommen der militärischen Anschauung. Denn nach dieser ist der Unteroffizier während jeder Kontrollversammlung auch in Zivil Unteroffizier und Vorgesetzter der miterschienenen Reservemannschaften[2]) und wird auch während der Übungen stets als „Unteroffizier der Reserve" bezeichnet. Es würde daher nichts dagegen einzuwenden sein, wenn sich der dem Beurlaubtenstande angehörige Unteroffizier wie der Reserveoffizier als „Unteroffizier der Reserve" bezeichnete. Offiziere und Unteroffiziere der Reserve haben also das gemeinsam, daß sie, sobald sie zu einer Übung eingezogen werden, die Funktionen

[1]) Bd. 2 S. 214 Anm. 18.
[2]) E. Bd. 2 S. 59, Bd. 3 S. 27 und Bd. 6 S. 267.

des betreffenden Amtes ausüben, daß sie aber, solange sie nicht eingezogen sind, von einer Amtsausübung ausgeschlossen sind. Die Erscheinung ist nur aus dem militärischen Zweck verständlich. Die Heeresverwaltung kann sich nicht damit begnügen, soviel Amtsträger zu bestellen, als sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe im Frieden bedarf. Denn im Kriege wird eine viel größere Anzahl von Offizieren und Unteroffizieren gebraucht. Nur wäre es einerseits, jedenfalls vom finanziellen Standpunkte aus, unmöglich, soviel Amtsträger zu ernennen und zu erhalten, als im Kriege gebraucht werden, ganz abgesehen davon, daß ihre Verwendung im Frieden schwer durchführbar wäre. Andererseits wäre es aber wenig zweckmäßig und fast unausführbar, im Momente des ausbrechenden Krieges die entsprechende Zahl von Ernennungen vorzunehmen und sich gerade in dem Zeitpunkte, wo sich das Heer bewähren soll, mit solchen Amtsträgern zu versehen, die dann in ihrem Amte noch Neulinge wären. Es ist also für die Heeresverwaltung, ganz anders als in den anderen Zweigen des Staatsdienstes, wo ein plötzliches und intermittierendes Anschwellen des Beamtenbedarfs so gut wie nie vorkommt, von Wert, sich mit Amtsträgern zu versehen, die ihr Amt nur zeitweilig ausüben. Nur aus dem Zwecke wird diese Sondererscheinung verständlich, findet so aber ihre volle Erklärung.

II. Die Stufen.

§ 11.

I. Die aktive Dienstpflicht.

Die aktive Dienstpflicht kommt auf verschiedene Weise zur Entstehung. Der Zwangsdienstpflichtige, der auf den Gestellungsbefehl erschienen ist, wird in das Heer eingereiht; der Ersatzreservist wird eingezogen, der Offizier erhält ein bestimmtes Kommando. Nun erst entsteht eine aktive Dienstpflicht von ganz besonderer Stärke. „Als Seitenstück zu dem Amte des diensttuenden Geschworenen und Schöffen erscheint hier die Zugehörigkeit zum Soldatenstande.“ [1]) Die aktiv Dienstpflichtigen gehören nunmehr zum aktiven Heere, werden aktive Militärpersonen.

I. Die aktiv Dienstpflichtigen sind in § 38 RMG. vollzählig aufgeführt. Das genannte Gesetz faßt zwei Kategorien zum

[1]) Mayer Bd. 2 S. 205/06.

aktiven Heere zusammen, die „Militärpersonen des Friedensstandes“ einschließlich der aus dem Beurlaubtenstande zum Dienste einberufenen Personen und die Zivilbeamten. Der Begriff des aktiven Heeres ist also nach ihm ein weiterer als der der Militärpersonen, zu denen die Zivilbeamten nicht gehören. Das aktive Heer umfaßt sonach alle de facto et de iure Dienstpflichtigen.[2]) Militärpersonen dagegen sind, wie die Anlage zum Militärstrafgesetzbuch sagt, alle Personen des Soldatenstandes und „alle im Heer und in der Marine für das Bedürfnis des Heeres oder der Marine dauernd oder auf Zeit angestellten, nicht zum Soldatenstande gehörenden und unter dem Kriegsminister oder Chef der Admiralität als Verwaltungschef stehenden Beamten, welche einen Militärrang haben“. Da nun die Personen des Soldatenstandes ebenfalls einen Militärrang haben, so kann man mit Laband[3]) die Militärpersonen als „Personen mit einem Militärrang“ definieren.[4]) Dagegen ist die Definition Zorns,[5]) Militärpersonen seien diejenigen, die in irgendwelcher Weise der militärischen Organisation angehören, ebenso nichtssagend wie unrichtig in ihren Konsequenzen; denn der militärische Titel und die Uniform machen an sich niemand zur Militärperson,[6]) und ebenso entspricht die Definition Apels, Militärpersonen seien diejenigen, die der Kommandogewalt unterworfen wären,[7]) nicht den Tatsachen, denn die Militärbeamten unterstehen nicht der Kommandogewalt und sind doch Militärpersonen.

II. Soweit die aktiven Militärpersonen Amtsträger sind, erhebt sich die Frage, ob sie auch Beamte sind. Dies ist mit Recht allgemein verneint worden hinsichtlich der Zwangsdienstpflichtigen, denen ein Amt, das eines Unteroffiziers oder Vizefeldwebels, übertragen worden ist; denn einmal sind die meisten für Beamte geltenden Vorschriften auf sie praktisch unanwendbar, weiterhin widerspricht die positive Bestimmung des Beamtenbegriffs dessen Anwendung auf die Zwangsdienstpflichtigen,[8])

---

[2]) Heerespersonen würden sonach alle, auch die nur de iure Dienstpflichtigen, sein. Mit diesem Worte wären dann alle zum Heere Gehörigen bezeichnet. Im österreichischen Heeresrecht wird der Begriff der Militärperson in diesem Sinne verwandt; vgl. Schmidt, Das Heeresrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie S. 117.

[3]) Bd. 4 S. 206.

[4]) Über den Begriff der Militärperson vgl. auch Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 41 S. 227.

[5]) DJZ. 1900 S. 672.

[6]) So auch Apel, Die königliche Gewalt S. 50/51.

[7]) Apel a. a. O. S. 56.

[8]) So sprechen § 359 StGB. und § 9 Abs. 1 des Reichsgesetzes v. 1. 6. 1870 von einer „Anstellung“ und „anstellen“, setzen also freiwillige Begründung der Dienstpflicht voraus.

und ist es auch begrifflich unmöglich, dort von einem Beamten zu sprechen, wo die amtliche Tätigkeit nur den Zweck hat, eine gewisse Wirkung an dem Verpflichteten selbst hervorzubringen. Was Mayer[9]) nur zur Begründung dessen sagt, daß eine Dienstpflicht auch ohne Amt denkbar ist, gilt auch für den zwangsdienstpflichtigen Amtsträger hinsichtlich der Beamteneigenschaft. Denn die Amtsinnehabung dieser Personen ist nur dazu da, sie in besonderer Weise auszubilden in der Erfüllung ihrer Dienstpflicht und den einjährig-freiwilligen Unteroffizier geeignet zu machen für die künftige Besorgung wirklicher Geschäfte, nämlich des Amtes des Reserveoffiziers. Die Besorgung eines Kreises öffentlicher Geschäfte tritt in diesen Fällen für den Pflichtigen wie für den Staat ganz zurück. Für diese hat der letztere die Amtsträger, die kraft freiwilliger Amtsübernahme angestellt sind. Auch deren Beamteneigenschaft ist lebhaft bestritten worden.[10]) Da indessen unter einem Beamten jeder verstanden wird, der kraft freiwilliger Übernahme ein öffentliches Amt führt,[11]) so liegt kein Grund vor, dem Offizier und Kapitulanten nicht auch die Beamteneigenschaft zuzusprechen. Danach findet auch die Bestimmung des § 9 Abs. 1 des Reichsgesetzes v. 1. 6. 1870, Art. 21 RV., einzelne Bestimmungen des Strafgesetzbuches[12]) sowie jedes andere Gesetz prinzipiell auf sie Anwendung, d. h. soweit nicht aus dem besonderen Inhalt des einzelnen Gesetzes[13]) etwas anderes hervorgeht.

III. Die aktiven Militärpersonen sind in vollstem Maße zur Dienstleistung verpflichtet. Dies schließt nicht aus, daß auch ihnen Ruhepausen gewährt werden. Dies geschieht täglich und nimmt eine besondere Form ein in der Gestalt des Urlaubs. Dieser bedeutet, wie Mayer[14]) sagt, nur „die Bewilligung einer besonderen Ruhepause, einen Verzicht auf die Erfüllung der Amtspflicht für bestimmte Zeit. Er läßt das Amt in Kraft bestehen, entzieht das Recht auf das Amt auch nicht vorüber-

---

[9]) Bd. 2 S. 200.

[10]) Sie wird bestritten von v. Kirchenheim, Lehrb. 1887 S. 363, 214; Koppmann, Komm. z. MStGB. Anm. 8 zu § 153; Haenel, Deutsches Staatsrecht S. 475; Brand S. 64 ff.; sie wird bejaht von Laband Bd. 4 S. 180; Zorn, Das Staatsrecht S. 607, 618; Entsch. d. RG. in Strafs. Bd. 23 S. 17, 21, Bd. 29 S. 157.

[11]) Nach Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht S. 93, sogar jeder, der sich freiwillig verpflichtet hat, ein Staatsamt zu übernehmen.

[12]) §§ 114, 133, 360 Ziff. 8 StGB.

[13]) Soweit z. B. im StGB. neben den Beamten die Angehörigen der bewaffneten Macht ausdrücklich hervorgehoben werden, wie in den §§ 113, 116, 120, 196, 333 StGB.

[14]) Bd. 2 § 44 Anm. 11 S. 226.

gehend. Amtshandlungen, die trotz des Urlaubs vorgenommen werden, sind gültige Amtshandlungen, sie können nur ordnungswidrig sein, sofern der Beurlaubte dadurch den Geschäftsgang stört". Die Pflicht zur Dienstleistung, zur Amtsführung, ruht nur für gewisse Zeit, aber die Militärperson hat keinen Anspruch auf Urlaub und kein „Recht" am erteilten Urlaub. Er kann ihr jederzeit wieder entzogen werden, und auch die Heeresverwaltung hat keinen Anspruch auf Antritt des von ihr erteilten Urlaubs.[15])

§ 12.

2. Der Beurlaubtenstand.

Ein Fall des dargestellten Urlaubs war ursprünglich auch das, was jetzt Überführung in den Beurlaubtenstand heißt.

I. Diese Beurlaubung[1]) kam, seit 1700 nachweisbar,[2]) im Heere Friedrich Wilhelms I. in wachsendem Maße als ständige Einrichtung auf. Es sollten dadurch Unterhaltskosten für die aktiven Soldaten gespart werden, damit also so viel mehr Geld auf die Werbung angewandt werden könne.[3]) Der Bestand der Kompagnien wurde zeitweise, zuerst nur in den Erntemonaten und anfänglich nur um ein Viertel, später um mehr verkürzt.[4])[5]) Die Beurlaubten blieben auch während der Beurlaubung Militärpersonen,[6]) sie waren noch zu Anfang des 19. Jahrhunderts von der bürgerlichen Gerichtsbarkeit eximiert.

II. Wenn auch der heutige Beurlaubtenstand historisch auf dieser Beurlaubung beruht, so hat er mit ihr nur noch den Namen gemein. Denn die Überführung in den Beurlaubtenstand ist nicht mehr eine nur tatsächliche Maßnahme, sondern ein obrigkeitlicher Akt der Militärbehörde, auf dessen Ergehen der aktiv Dienstpflichtige einen Anspruch hat. Er ist nach Ablauf der aktiven Dienstzeit zur Reserve zu entlassen, hat also einen Anspruch auf „Urlaub". Dieser kann ihm auch nicht ohne weiteres genommen werden. Denn er ist im Frieden nur zu

---

[15]) E. Bd. 7 S. 84.

[1]) vgl. darüber Lehmann, Werbung, Wehrpflicht und Beurlaubung im Heere Friedrich Wilhelms I., in der historischen Zeitschr. Bd. 67 S. 254—289.

[2]) Lehmann ebenda S. 288.

[3]) Lehmann ebenda S. 276.

[4]) Lehmann S. 275.

[5]) Diese Beurlaubung hat, zumal die Zahl der Beurlaubten wie die Dauer der Beurlaubung stetig zunahm, nicht wenig zu den Niederlagen von 1806 beigetragen.

[6]) Lehmann S. 278. Schwere Strafen wurden denjenigen angedroht, die „nicht ihre Montierung, sondern Bauernhüte und Bauernröcke tragen würden".

wenigen Übungen verpflichtet, die zudem während der Dauer des Reserveverhältnisses zu leisten sind.[7]) Tritt der Beurlaubte zufolge Zeitablaufs zur Landwehr ersten Aufgebots über, so kann er, wenn er das 32. Lebensjahr überschritten hat, nur ausnahmsweise auf Grund besonderer kaiserlicher Verordnung einberufen werden,[8]) und die zur Landwehr zweiten Aufgebots gehörigen Personen dürfen im Frieden überhaupt nicht zu Übungen herangezogen werden.[9]) Außerdem tritt dieses Beurlaubtenverhältnis schon vor der Leistung aktiver Dienste ein. Der Rekrut tritt mit der Aushebung zu den Personen des Beurlaubtenstandes über; der Ersatzreservist gehört ebenfalls von vornherein zu ihnen. Von einer Beurlaubung ist hier keine Rede mehr. Die Person des Beurlaubtenstandes hat keine andere Stellung als der de jure Dienstpflichtige überhaupt.

III. Anders verhält es sich mit den Amtsträgern des Beurlaubtenstandes. Auch diese haben zwar ein Recht auf Entlassung nach Ablauf der Übungszeit, aber durch diese Entlassung aus dem aktiven Dienste verlieren sie nicht ihr Amt. Wie oben ausgeführt, sind sie auch im Beurlaubtenstande Amtsträger und unterscheiden sich dadurch sowohl von den übrigen Personen des Beurlaubtenstandes als auch von den Offizieren zur Disposition, da diese nicht mehr Amtsträger sind. Aber sie haben auch nicht die Rechtsstellung beurlaubter Offiziere. Denn während bei diesen die Nichtausübung des Amtes einen besonderen behördlichen Akt voraussetzt, ist hier die Ausübung des Amtes an einen besonderen Befehl geknüpft und existiert hier sogar ein Anspruch auf Nichtausübung des Amtes. Solange dieser Befehl nicht ergeht, sind die Amtshandlungen der Reserveoffiziere zwar gültig (valida), aber ordnungswidrig (illicita). solange haben sie weder eine Pflicht noch ein Recht zur Amtsausübung. Sie bilden also zwischen den beurlaubten Offizieren und den Offizieren zur Disposition eine weitere Stufe der Erfüllung der Dienstpflicht, sie sind Amtsträger, bei denen die Amtsausübung einen besonderen Befehl voraussetzt, auf dessen Nichtergehen sie sogar im Frieden nach Ableisung ihrer Übungen einen Anspruch haben.

IV. An die Amtsträgerschaft der Reserveoffiziere hat sich die Streitfrage geknüpft, ob sie nur eine modifizierte gesetzliche[10]) Dienstpflicht oder ein Ehrenamt[11]) bedeute. Bei der

[7]) WO. § 116.
[8]) WO. § 116 Ziff. 3.
[9]) WO. § 116 Ziff. 5.
[10]) So Laband Bd. 4 S. 175.
[11]) So Mayer Bd. 2 S. 214 Anm. 18.

Beantwortung dieser Frage ist zunächst davon auszugehen, daß Zwangsdienstpflicht und freiwillig übernommene Dienstpflicht überhaupt nur relative Gegensätze sind, insofern auch bei der Offiziersdienstpflicht die Zwangsdienstpflicht im Hintergrunde steht.[12]) Daraus wird aber nie der Schluß gezogen, es handle sich bei dem Offiziersdienst um eine modifizierte gesetzliche Dienstpflicht. Und dies mit Recht. Denn entscheidend für die Frage, ob Zwangs- oder freiwillig übernommene Dienstpflicht vorliegt, ist nur, auf welchem Rechtsgrunde sie beruht, ob auf gesetzlichem Zwang oder erklärter Einwilligung. Da nun nur solche Offiziersaspiranten zur Wahl gestellt werden dürfen, welche sich mit ihrer Beförderung zum Offizier schriftlich einverstanden erklärt haben,[13]) so ist die Einwilligung die Grundlage des Verwaltungsaktes. Und diese Einwilligung bezieht sich nicht auf Modifikationen der Erfüllung, sondern verändert den Inhalt der Dienstpflicht selbst. Diese ist nunmehr bereichert durch die Rechtspflicht achtungswerten Verhaltens.[14])[15]) Der Reserveoffizier verbleibt stets „im Beurlaubtenstande desjenigen Bundesstaates, von dessen Kontingentsherrn er zum Offizier befördert worden ist“,[16]) und kann nur durch Entlassung aus dem Gewaltverhältnisse seines Amtes entkleidet werden. Der geltend gemachte Anspruch auf Entlassung hat denselben Charakter wie der der berufsmäßigen Offiziere; für Ansprüche auf Entlassung aus dem aktiven Dienste und auf Zurückstellung wegen vorhandener Reklamationsgründe, wie sie der Zwangsdienstpflicht charakteristisch sind, ist hier kein Platz.

Ist sonach der Inhalt der Dienstpflicht des Reserveoffiziers nicht der gesetzlichen, sondern der freiwillig übernommenen Dienstpflicht gleichartig, so ist dem Amt des Reserveoffiziers weiter auch das Charakteristikum des Ehrenamts, das Zusammenfallen von Dienstpflicht und Amt,[17]) eigen. Er kann niemals als zur Disposition stehend gedacht werden, für das besondere Amt einer Truppengattung[18]) ist die Dienstpflicht begründet. Gegen die Auffassung des Reserveoffiziers als Ehrenbeamten

---

[12]) vgl. HO. § 49 Ziff. 1.
[13]) HO. § 47 Ziff. 3 c.
[14]) HO. § 51 Ziff. 5.
[15]) vgl. Mayer Bd. 2 S. 214 Anm. 8: „Mit der Unterscheidung, daß es sich nur um Standespflichten handle, ist nichts getan; denn der Stand ist eben die Gemeinsamkeit der Dienstpflicht und die Forderung eines achtungswerten Verhaltens, worüber jene Ehrengerichte wachen, selbst nur ein Stück von dieser, gerade wie bei anderen Staatsbeamten“.
[16]) HO. § 51 Ziff. 7.
[17]) Mayer Bd. 2 S. 212; Jellinek S. 184.
[18]) HO. § 52 Ziff. 8.

spricht nicht seine Besoldung während seiner aktiven Tätigkeit, denn die regelmäßige Unentgeltlichkeit des Ehrenamts ist nur ein naturale, keine essentiale[19]) desselben und die Besoldung überdies nur eine äußerliche Gleichstellung mit den Offizieren, während es sich in Wirklichkeit nur um eine Entschädigung handelt, die in die Form des Gehalts gebracht ist.[20]) Ebensowenig widerspricht dieser Auffassung die Möglichkeit einer Beförderung. Denn selbst wenn darin eine geringe Änderung der übernommenen Amtspflicht zu erblicken wäre, hat der Reserveoffizier schon bei der ursprünglichen Amtsübernahme sein Einverständnis mit einer solchen Änderung im voraus erklärt.[21])

V. Sieht man den Reserveoffizier als Ehrenbeamten an, so fragt sich weiter, ob er auch „Beamter" ist, m. a. W. ob auch der Ehrenbeamte und ferner derjenige Ehrenbeamte, dessen Befugnis zur Amtsausübung an einen besonderen Akt geknüpft ist, unter den Beamtenbegriff fällt. Bei der weiten Ausdehnung, die allgemein dem Beamtenbegriff gegeben wird, ist die Frage zu bejahen. Denn der Reserveoffizier ist jedenfalls Amtsträger auf Grund freiwilliger Übernahme.[22])

§ 13.

3. Der Offizier zur Disposition.

Während der Reserveoffizier Amtsträger ist, ist dem Offizier zur Disposition sein Amt entzogen, ohne daß damit die Dienstpflicht zugleich aufgehoben worden wäre. Diese besteht noch; er ist de jure dienstpflichtig wie die nicht beamtete Person des Beurlaubtenstandes. Er bildet neben dem aktiven, dem beurlaubten und dem Reserveoffizier eine vierte, letzte Stufe der Dienstpflicht. Da er kein Amt inne hat, so kann er auch verbotenermaßen keine Befehle erteilen, diese sind nichtig. Solange er nicht wieder als aktiver Offizier oder Militärbeamter

---

[19]) Mayer Bd. 2 S. 220 Anm. 1.
[20]) Mayer Bd. 2 S. 256 u. Anm. 16.
[21]) Mayer Bd. 2 S. 212 Anm. 15.
[22]) Die Frage wird verneint von Laband und Binding, Lehrb. Bd. 2, 2 S. 386 in Konsequenz der Theorie des ersteren von der modifizierten gesetzlichen Dienstpflicht; von Olshausen, Komm. z. StGB. zu § 359, da es sich nicht um berufsmäßige Offiziere handle. Keine Entsch. treffen darüber RGE. in Strafs. Bd. 29 S. 15 u. Bd. 23 S. 17. In der letzten Entscheidung wird nur die Frage, ob durch die Ernennung zum Reserveoffizier die deutsche Staatsangehörigkeit erworben wird, bejaht. Die von Frank, Komm. z. StGB. zu § 359 zitierte, die Frage angeblich bejahende Schrift von Hans Schneider war in Leipzig bibliographisch nicht festzustellen.

Verwendung findet, gehört er daher auch „weder zum aktiven Heere noch zum Beurlaubtenstande noch überhaupt zum Heere im Sinne des Reichsmilitärgesetzes“.[1]) Er hat nur die aus der de jure-Dienstpflicht sich ergebenden Pflichten, seinen Aufenthalt und dessen Wechsel zu melden und geeignete Vorkehrungen zu treffen, daß ihm dienstliche Befehle jederzeit zugestellt werden können. Die Entlassung aus dem Staatsverband kann ihm erst erteilt werden, wenn er seinen Abschied erhalten hat.[2]) Er untersteht den Ehrengerichten und der Militärdisziplinarstrafordnung sowie kraft positiven Rechts der Militärstrafgerichtsbarkeit,[3]) nicht aber dem Militärstrafgesetzbuche,[4]) dessen Normen sich auch vorwiegend an aktive Heerespersonen wenden.

Vierter Teil.

Der Inhalt der militärischen Dienstpflicht.

A. Die Pflichten.

§ 14.

I. Die Pflicht zur Dienstleistung.

Die Betrachtung der Stufen der militärischen Dienstpflicht hat ergeben, daß der Pflichtige immer erst kraft besonderen Befehls des Berechtigten verpflichtet ist, aktive Dienste zu leisten.

I. Die Erfüllung der aktiven Dienstpflicht setzt größte Anspannung aller Kräfte, vor allem auch die Einsetzung des Lebens voraus. Während bei den anderen Zweigen des Staatsdienstes und bei dem privaten Dienstvertrage die Leistungspflicht an der Gefahr für das Leben des Pflichtigen ihre Grenze findet, ist es selbstverständlich, daß Offiziere und Soldaten im Kriege und bei inneren Unruhen ihr Leben zur Erfüllung des militärischen Zweckes einsetzen. Sie haben aber weiterhin überhaupt alles

[1]) Da dieses nur den Begriff des aktiven Heeres kennt. Vgl. preuß. Kriegsministerialverfügung v. 25. 2. 1874; ebenso Anlage 11 zu § 51 HO.; Haas in Goltdammers Archiv 1883 S. 210ff. u. 1884 S. 334 gegen Hecker ebenda 1883 S. 395ff. und ihm folgend Laband Bd. 4 S. 196, die sich darauf stützen, daß im RMG. § 38 Abs. 1 nur von einer „Entlassung aus dem Dienste“, dagegen im RMG. § 38 Abs. 3 von einer „Entlassung aus dem aktiven Dienste“ gesprochen wird.

[2]) Anlage 11 Ziff. 2 u. 3 zu § 51 HO.

[3]) § 1 Ziff. 2 MStGO.

[4]) A. M. Laband Bd. 4 S. 197 in Konsequenz des Anm. 1 Gesagten.

zu unterlassen, was nach ihrer Ansicht dem Dienstherrn zum Schaden gereicht, und alles zu tun, was nach ihrer Ansicht dem Dienstherrn zum Nutzen gereicht.[1])

II. Man hat dies auf eine besondere Pflicht, die Treupflicht, oder wie Jellinek sagt, eine Rechtspflicht zweckmäßigen Handelns[2]) zurückgeführt. Der Name tut weniger zur Sache, um so mehr bedarf die Natur und juristische Bedeutung der „Treupflicht" der Erörterung, zumal letztere lebhaft bestritten wird.[3]) Zunächst ist festzuhalten, daß es sich bei dem Handeln im Interesse des Berechtigten mit Treuepflicht immer nur um eine Eigenschaft der Dienstleistung, um ein naturale, nicht um eine dieser gegenüber selbständige Pflicht handelt.[4])[5]) Denn das Handeln als solches ist Gegenstand der Dienstpflicht selbst, und durch die Treupflicht wird nur das „wie" des Handelns genauer präzisiert. Diese Einschränkung vorausgenommen, ist die Treupflicht indessen von erheblicher juristischer Bedeutung, wie die Existenz eines Disziplinarstrafrechts und der Dienst- bezw. der Fahneneid beweisen. Denn das der öffentlichen Dienstpflicht eigentümliche Strafensystem ist wesentlich dazu da, die Erfüllung der Treupflicht zu überwachen, und der Fahneneid hat die Aufgabe, dem Pflichtigen ein treues Dienen besonders einzuschärfen. Aber damit ist ihre Bedeutung noch nicht erschöpft. Sie ist vor allem imstande, auf die Gehorsamspflicht einzuwirken. Dies wird recht anschaulich gerade im militärischen Dienstverhältnisse. Hier kommt es oft genug vor, daß ein Befehl durch den Lauf der Ereignisse überholt oder in Unkenntnis der Verhältnisse des Einzelfalls, namentlich der örtlichen Verhältnisse, gegeben wird. Eine Ausführung des Befehls in Erfüllung der Gehorsamspflicht würde in solchen Fällen dem militärischen Interesse direkt zuwiderlaufen. Da gibt es keine allgemeinen Instruktionen, die zur Abänderung des Befehls ermächtigen. Die Treupflicht ist es, die in solchen Fällen

---

[1]) Ehrenberg, Kommendation und Huldigung S. 112.

[2]) S. 202; Jellinek leugnet (S. 198 Anm. 1) die Rechtsnatur der Treupflicht, indessen ist die von ihm aufgestellte Pflicht offensichtlich nur eine abstraktere Bezeichnung derselben Pflicht.

[3]) Sie wird verneint von G. Meyer, Rehm und Seydel; vgl. Mayer Bd. 2 S. 196 Anm. 3.

[4]) Mayer Bd. 2 S. 196.

[5]) Wie Laband Bd. 1 S. 430ff. behauptet. Die von ihm unter die Treupflicht subsumierte Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bedeutet in Wirklichkeit zweierlei: Insoweit dasjenige zu verschweigen ist, dessen Geheimhaltung seiner Natur nach erforderlich ist, bedeutet sie ein Handeln im Interesse des Berechtigten, einen Anwendungsfall der Treupflicht, soweit eine Geheimhaltung von den Vorgesetzten vorgeschrieben ist, ist die Pflicht zur Geheimhaltung eine Konsequenz der Gehorsamspflicht.

die Gehorsamspflicht modifiziert, ja zur Nichtausführung des Befehles zwingt.

Seltener sind die Fälle, in denen dem Pflichtigen ein Befehl erteilt wird, dessen Inhalt gegen die militärische Treupflicht verstößt. Dann ist der Befehlsempfänger von dem Gehorsam gegen den Befehl befreit. Der letztere Fall ist verschiedentlich berücksichtigt worden. So sagt eine preußische Kabinettsordre vom 27. 3. 1860: „Es ist, wenn durch pünktliche Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Militärgesetz verletzt wird, der befehlende Vorgesetzte allein dafür verantwortlich, und der gehorchende Untergebene kann nur dann strafbar werden, wenn in der Ausführung eine Verletzung der militärischen Treue liegt".[6]) Ebenso war in § 58 (dem jetzigen § 47) des Entwurfs zum geltenden Militärstrafgesetzbuch eine Bestimmung des Inhalts vorgesehen: „Er ist jedoch als Mittäter zu betrachten, wenn die Befolgung des Befehls eine Handlung gegen die militärische Treue in sich schließt", und eine ähnliche Bestimmung findet sich im österreichischen Militärstrafgesetzbuche,[7]) während sie im Deutschen Reiche auch ohne positive Normierung gilt.[8])

III. Da die Treupflicht nur ein naturale der Dienstpflicht ist, kann sie auch nur gegenüber demjenigen geleistet werden, dem die Dienstpflicht überhaupt geleistet wird. Wenn O. Mayer sagt: der Dienst ist des Staates, die Treue aber gebührt dem König,[9]) so ist demgegenüber zu betonen, daß die Treupflicht nicht dem Fürsten persönlich, sondern ihm als Inhaber der Militärgewalt,[10]) und daß sie, wenn ein Fürst nicht deren Inhaber ist, sie dem anderweiten, auch dem unpersönlichen Inhaber der Militärgewalt geschuldet wird, und daß sie nur dort, wo sie wie

---

[6]) vgl. van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht S. 81, 82.

[7]) § 158a u. d.

[8]) Unrichtig demnach Jellinek S. 198 Anm. 1: Die Anhänger der Lehre von der besonderen Treupflicht vermöchten keine juristische Konsequenz derselben anzuführen, die nicht aus der Gehorsamspflicht folgen würde, und ebenso unrichtig Radnitzky im Archiv Bd. 20 S. 124: die Treupflicht sei von der Gehorsamspflicht zwar scharf geschieden, indes sei im heutigen Beamtenrecht ein Gegensatz schon rein gedankenmäßig ausgeschlossen. Seine Untersuchung über die Treupflicht geht von der gar nicht so fernliegenden (wie er behauptet), aber unrichtigen Grundlage eines Rechtes des Staates auf die Dienstpflicht aus, dieses wird dann in Wille und Interesse zerlegt (Anm. 6 auf S. 125 wird ausdrücklich von einem Rechte auf Treue gesprochen).

[9]) Archiv Bd. 3 S. 54.

[10]) Sonach ist das Versprechen der Treue gegenüber dem Königlichen Hause (vgl. Mayer a. a. O. Anm. 80) nicht geeignet, das Wesen der Treupflicht klarer zu machen. Es bedeutet nur eine historische Reminiszenz.

beim deutschen Heere lebendigen Menschen zu leisten ist, mehr in den Vordergrund tritt. Man wird mit Mayer vielleicht noch sagen können: „Die große Wichtigkeit dieser Treupflicht gegen des Königs Person ist einmal wirklich etwas, was wir als eine nationale, als eine echt germanische Idee in Anspruch nehmen können“;[11] völlig unrichtig ist es aber, mit Brand[12] auf derselben Grundlage weiter zu folgern: „In Republiken fehlt dem Offizierkorps der Halt an der Person des Monarchen, es schwebt sozusagen in der Luft“.

§ 15.

2. Die militärische Gehorsamspflicht.

Ist die Treupflicht nach dem Gesagten keine selbständige Pflicht, so gilt das Gegenteil von der Gehorsamspflicht. Sie ist eine aus der Dienstpflicht sich ergebende Pflicht, nicht etwa mit dieser für gleichbedeutend anzusehen. Das gäbe eine schlechte Pflichterfüllung, wo nichts geschähe, als was befohlen ist.[1] Aber gerade im militärischen Leben spielt die Gehorsamspflicht eine Hauptrolle, denn hier können die zu leistenden Dienste nur in geringem Maße durch eine allgemeine Regelung inhaltlich bestimmt werden, müssen sich vielmehr den stets wechselnden Bedürfnissen anpassen. Daher hat hier der Einzelbefehl eine besondere Bedeutung; er ist der Mittelpunkt des ganzen Militärdienstes. Indessen gibt es auch hier keinen blinden Gehorsam, kraft dessen alles ausgeführt werden müßte, was befohlen wird. Denn auch hier besteht die Gehorsamspflicht nicht um ihrer selbst willen, sondern zur Erfüllung des militärischen Zweckes, und hat an diesem Grenze und Ziel.

Die Auslösung der Gehorsamspflicht ist demnach an folgende Voraussetzungen geknüpft:

I. Es muß ein Befehl erteilt worden sein.[2] Es muß also

a) ein bestimmtes Gebot oder Verbot ergangen sein.[3] Der Befehl braucht aber nicht ausdrücklich erteilt zu sein, er kann

---

[11] Archiv Bd. 3 S. 55.

[12] a. a. O. S. 96 Anm. 4.

[1] Mayer Bd. 2 S. 235 Anm. 4.

[2] Oder wie Mayer sagt Bd. 2 S. 236: es muß der Befehl, der vorliegt, überhaupt in Gestalt eines Dienstbefehls für diesen Pflichtigen auftreten; ähnlich Seydel, Bayer. Staatsrecht Bd. 2 S. 224.

[3] Eine allgemeine dienstliche Anordnung und Instruktion ist also nur dann ein Befehl, wenn sie zugleich bestimmte Gebote oder Verbote enthält (vgl. E. Bd. 5 S. 34).

durch Zeichen, auch durch konkludente Handlungen erteilt werden, sobald nur derjenige, dem ein solcher Befehl gegeben wird, ihn als solchen erkennt.[4]) Auch braucht er nicht ausdrücklich als „Befehl" bezeichnet zu sein, der Ausdruck „Aufforderung" nimmt einem Befehle nicht die Eigenschaft eines solchen.

b) Er muß von einem Befehlsberechtigten ausgegangen sein, einer Stelle, „die zur Erteilung von Befehlen kompetent ist",[5]) einem Vorgesetzten.[6]) Der Kreis der Vorgesetzten ist im Heer und in der Marine außerordentlich groß, denn es genügt nicht, dem „direkten" Vorgesetzten eines Pflichtigen die Vorgesetzteneigenschaft zuzusprechen, da namentlich im Kriege alle diejenigen, deren Kommando die Erteilung von Befehlen in sich schließt, berechtigt sein müssen, jede Heeresperson zur Erfüllung eines bestimmten militärischen Zweckes heranzuziehen. Daher sind Vorgesetzte aller Soldaten alle Offiziere und Unteroffiziere der deutschen Armee, der Marine, der Schutztruppen und des Sanitätskorps.[7]) Weiter sind auch diejenigen Vorgesetzte, denen ein Dienstauftrag zuteil geworden ist, der die Erteilung von Befehlen an Personen gleichen Ranges in sich schließt. Ein solcher Dienstauftrag macht den Hauptmann zum Vorgesetzten anderer Hauptleute, den Unteroffizier[8]) zum Vorgesetzten anderer Unteroffiziere, die Gefreiten[9]) und Gemeinen[9a]) zu Vorgesetzten ihrer Kameraden.

c) Der Befehl muß ferner, wie Mayer sagt,[10]) das dienstliche Verhalten betreffen, etwas vorschreiben, was denkbarerweise noch in der Dienstpflicht begriffen ist, m. a. W., was zum

---

[4]) E. Bd. 6 S. 19.

[5]) Laband Bd. 1 S. 434.

[6]) Mayer Bd. 2 S. 236.

[7]) Eine einzige Einschränkung besteht nur für die Wachmannschaften. Ihnen gegenüber haben, dem besonderen Zwecke entsprechend, dem sie dienen, nur die Wachvorgesetzten Befehlsbefugnis. So auch E. Bd. 7 S. 176.

[8]) vgl. E. Bd. 1 S. 212 und die dort angezogene preuß. Ordre v. 17. 11. 1887.

[9]) Diese werden entgegen einem früheren auf Anlage A zum vormaligen Preuß. MStGB. v. 3. 4. 1845 beruhenden militärdienstlichen Grundsatze jetzt nur dann als Vorgesetzte von Gemeinen angesehen, wenn und soweit sie zu Vorgesetzten derselben bestellt worden sind (vgl. organisatorische Bestimmungen für das Personal des Soldatenstandes der Kaiserlichen Marine § 15 Nr. 6). Für Bayern, Beilage zum Kriegsministerialreskript v. 10. 12. 1875 Nr. 16 (MVBl. v. 1875 S. 583) und Grundsätze für die allgemeinen Dienstverhältnisse in der Armee, III. Rangverh. S. 16. Für Sachsen: Dienstvorschriften für die Königlich Sächsische Armee Ausg. 1903 S. 3, angeführt in E. Bd. 6 S. 227; vgl. ferner E. Bd. 4 S. 50, Bd. 7 S. 93, Bd. 9 S. 161, Bd. 10 S. 108, Bd. 11 S. 263. A. M. E. Bd. 1 S. 72 für den Fall, daß kein höherer gemeinschaftlicher Vorgesetzter zugegen ist.

[9a]) Bd. 2 S. 27.

[10]) Bd. 2 S. 236.

militärischen Zwecke in Beziehung steht. „Die Dienste empfangen nach Inhalt und Umfang ihre Regelung durch das Interesse und die Rechtsordnung des Staates, nicht durch kontraktmäßige Fixierung und andererseits nicht durch individuelles Belieben und persönliche Willkür. Für Zwecke, die der Staat nicht als die seinigen anerkennt . . ., hat sich der Staatsbeamte nicht verpflichtet, noch viel weniger für Handlungen oder Zwecke, die der Staat untersagt oder ausschließt. Hierin liegt das Prinzip, um die Grenzen bestimmen zu können, wie weit der dienstliche Gehorsam des Beamten reicht, hierin liegt zugleich die Vermittlung der beiden Sätze, daß die Dienstpflicht des Beamten eine unbestimmte, ungemessene, seine ganze Persönlichkeit erfassende ist, und daß er dennoch nicht verbunden ist, irgendwelche andere Dienste als amtliche zu leisten.“ [11]) Danach ist wichtig jeder das Privatleben des Pflichtigen betreffende Befehl.[12]) Dieses kann keineswegs Gegenstand dienstlicher Anordnung sein. Allerdings ist es nicht immer leicht, die Grenze zwischen Dienst und Privatleben zu ziehen, gerade bei der militärischen Dienstpflicht,[13]) die den Offizier wie den Soldaten in besonderem Maße umfaßt und vom Privatleben wenig übrig läßt.[14])

Die Frage nach dem Wesen des Befehles ist noch dadurch kompliziert worden, daß § 47 MStGB. von einem Befehle in Dienstsachen spricht, der nach den Motiven dieses Gesetzes nur den Befehl eines dienstlich Vorgesetzten bedeuten soll. Deren Kreis ist aber nicht bestimmt, insbesondere ist er mit dem der direkten Vorgesetzten nicht identisch; denn abgesehen davon, daß in diesem Falle der militärische Gesetzgeber jedenfalls den ihm viel geläufigeren Ausdruck verwandt hätte, würde dadurch die praktische Bedeutung des § 47 MStGB. erheblich und dem militärischen Zwecke widersprechend eingeschränkt werden.

In dieser Erwägung ist dem Befehle in Dienstsachen eine andere Bedeutung beigelegt worden; er ist zu dem Befehl in Privatsachen in Gegensatz gestellt und dies als die Meinung des Gesetzgebers proklamiert worden.[15]) Indessen kann von

---

[11]) Laband Bd. 1 S. 414.

[12]) Ein Unteroffizier verbot beispielsweise während der dienstfreien Zeit einem Soldaten, eine Zigarette zu rauchen. Dieser entgegnete: „Das können Herr Unteroffizier mir gar nicht verbieten“. Andere nichtige Befehle: „Schreiben Sie Ihren Angehörigen, daß sie deutsch an Sie schreiben“ (E. Bd. 11 S. 134), oder eine Chaiselongue für den Vorgesetzten fertig zu machen.

[13]) Zumal bei denjenigen Dienstpflichtigen, deren dienstliche Tätigkeit, wie die der Offiziersburschen, mit dem eigentlichen Heereszwecke nur in sehr lockerem Zusammenhange steht.

[14]) Mayer § 45 S. 237 Anm. 18.

[15]) Max Ernst Mayer, DJZ. 1901 S. 851 ff.

einem Befehle in Privatsachen begrifflich überhaupt nicht gesprochen werden. Denn solche Befehle im formellen Sinne, wie sie Mayer nennt, sind trotz ihres Auftretens in Befehlsform nur unverbindliche Willensäußerungen, denen die Befehlsform, anders als beim formellen Gesetz, nicht zur Wirksamkeit verhelfen kann. Liegt also auch in dieser Richtung nicht der Unterschied, so ist ein Befehl in Dienstsachen in Wahrheit überhaupt nichts anderes als ein gültiger Befehl, wie denn auch nach der Rechtsprechung des Reichsmilitärgesetzes „jeder von irgendeinem Vorgesetzten berechtigtermaßen, sei es auch nur mit Rücksicht auf die Dienstverhältnisse des Untergebenen erteilte Befehl“ [16]) zu verstehen ist.

II. Das Vorhandensein eines gültigen Befehls genügt indessen nicht immer, um die Gehorsamspflicht auszulösen. Denn der Einzelbefehl steht nicht isoliert im dienstlichen Leben da. Neben ihm ergehen gleichzeitig Befehle gleichstehender oder höherstehender Befehlsberechtigter, und der Pflichtige hat noch anderen Rechtspflichten nachzukommen. Dadurch entstehen auch gegenüber dem gültigen Befehle Schranken der Gehorsamspflicht. Es kommen da folgende in Betracht:

a) ein späterer Befehl, der zur Erfüllung desselben Zweckes ergeht.

Es kommt nämlich oft genug vor, daß der Pflichtige nach Empfang eines Befehls von einem anderen Befehlsberechtigten einen Befehl erhält, der mit dem zuerst empfangenen in Widerspruch steht, welchem Befehle hat er dann zu gehorchen? Hinsichtlich solcher Fälle geht die Entscheidung im Zivilstaatsdienerrecht dahin, daß der Pflichtige den stärkeren Dienstbefehl, den des oberen oder näheren Dienstvorgesetzten zu erfüllen hat.[17]) In dem Heer und der Marine gilt aber ein anderes Prinzip: Hier hat der Untergebene dem später befehlenden Vorgesetzten Meldung von dem zuvor erhaltenen Befehle zu machen. Besteht dieser auf seinem Befehle, so hat der Untergebene den Befehl auszuführen, gleichviel [18]) ob der letztere Vorgesetzte ein höherer

---

[16]) So E. Bd. 1 S. 111 u. Bd. 2 S. 73. Die dort in Rede stehenden Fälle — im ersten Falle hatte ein Unteroffizier einem Soldaten vom Truppenteil auf der Rückkehr vom Urlaub auf der Eisenbahn den Befehl zum Schließen eines Fensters, im zweiten ein Gendarm den Kontrollpflichtigen am Abend des Kontrolltages den Befehl gegeben, die Gastwirtschaft zu verlassen — lassen allerdings eine Beziehung auf die allgemeinen Dienstverhältnisse nicht mehr erkennen, so auch M. E. Mayer a. a. O. S. 854. Sie zwangen durchaus zu einer grundsätzlichen Stellungnahme zu der Frage der Natur des Befehls in Dienstsachen.

[17]) Mayer Bd. 2 S. 239.

[18]) E. Bd. 4 S. 277, Bd. 6 S. 99.

Vorgesetzter war oder nicht, die zeitliche Aufeinanderfolge ist also ausschlaggebend. Diese Abweichung von dem allgemeinen Prinzip erklärt sich aus den militärischen Bedürfnissen. Bei der schnellen Veränderlichkeit der militärischen Situationen ist der letzte Befehl im Zweifel auch derjenige, welcher der jüngsten Tatsachenkonstellation am meisten Rechnung trägt. Er verdient daher, namentlich wenn der Vorgesetzte von dem Inhalte des früheren Befehls in Kenntnis gesetzt worden ist, erhöhte Berücksichtigung.

b) Allgemeine Normen, die Befehle an den Pflichtigen selbst enthalten.

Auch die Heeresverwaltung kann sich nicht mit dem Erlaß von Einzelbefehlen begnügen, so sehr letztere auch vorwiegen. Auch hier sind Generalverfügungen und allgemeine Instruktionen nötig. Ihr Inhalt wird allerdings meistens derart sein, daß ihnen der Einzelbefehl, der den Fall unmittelbarer und bestimmter erfaßt,[19]) vorgeht; sie werden sich auch nicht immer an den Pflichtigen selbst richten. Wenn beispielsweise die Friedenssanitätsordnung die Reinigung der Krankenzimmer durch die Kranken selbst verbietet, so wird damit nur eine generelle Anweisung an die Krankenhausverwaltung gegeben, aber nicht den einzelnen Kranken verboten, die Krankenstube zu reinigen.[20]) Immerhin sind auch beim Heere solche Fälle nicht ausgeschlossen, in denen durch allgemeine Normen das Verhalten des Pflichtigen vollständig bestimmt sein soll, wie dies bei den richterlichen Beamten die Regel ist.[21]) Sie sind nur selten genug, da der Heeresverwaltung an einer amtlichen Selbständigkeit der Pflichtigen zumeist nichts gelegen ist.

c) Die Treupflicht, soweit mit ihr der gültige Befehl unvereinbar ist. Dann entsteht nicht eine Pflichtenkollision in dem Sinne, daß zwei gleichwertige Pflichten einander gegenüberstehen, sondern die Treupflicht hat von vornherein den Vorrang, da sie naturale der Dienstpflicht selbst ist.

d) Das staatliche Strafgesetz. Denn es kann unmöglich im Interesse des Staates liegen, daß seine Strafgesetze ungestraft durch Handlungen auf gültige Befehle verletzt werden. Daher hat prinzipiell die dienstliche Gehorsamspflicht ihre Grenze am Strafgesetz und nur in dem engen Rahmen des § 47 MStGB. ist dem Staate die prompte Ausführung von Befehlen, die eine

---

[19]) Mayer Bd. 2 S. 235.

[20]) Ein dahingehender Befehl ist also, wenn auch ordnungswidrig, so doch gültig, seine Nichtbefolgung strafbarer Ungehorsam.

[21]) Es sind dies die Fälle amtlicher Selbständigkeit, wie Mayer Bd. 2 S. 240 sie nennt.

strafbare Handlung anbefehlen, wichtiger als das durch das Strafgesetz geschützte Rechtsgut.[22])

Zusammenfassend ist also zu sagen: Die militärische Gehorsamspflicht besteht nur gegenüber Befehlen im Rechtssinne und hat an späteren Befehlen, an allgemeinen Bestimmungen, an der Treupflicht und am Strafgesetz ihre Grenze. Das Besondere der militärischen Gehorsamspflicht ist nur, daß der Umfang rechtswirksamer Befehle hier sehr groß ist, daß ihre Beschränkung durch allgemeine Bestimmungen sehr gering und diejenige durch das Strafgesetz in gewissem Grade aufgehoben ist. Deswegen kann der Gehorsam aber nicht als unbedingter, geschweige denn als blinder — wie sollte man einen solchen von einem „selbständig denkenden Schützen“ [23]) verlangen wollen? —, sondern nur als ein erweiterter bezeichnet werden.

§ 16.

3. Die Pflicht achtungswürdigen Verhaltens.

Zu der Gehorsamspflicht tritt weiterhin die Pflicht achtungswürdigen Verhaltens. Sie kann nicht unter die Treupflicht, unter das Handeln im militärischen Interesse subsumiert werden, denn ihre Erfüllung wird nicht nur während des Dienstes, sondern auch außerhalb desselben verlangt, und sie liegt auch demjenigen ob, der wie der Offizier zur Disposition keine Dienste leistet. Sie verlangt auch kein positives Handeln, sondern beansprucht nur, daß der Pflichtige sein Verhalten so einrichtet, daß dadurch keine Schädigung der Staatsgewalt eintritt, auf die ein unwürdiges Verhalten der Pflichtigen zurückfallen würde. Sie ist eine Rechtspflicht, deren Erfüllung bei den Offizieren und Reserveoffizieren in besonderer Weise durch die sogen. Ehrengerichte überwacht wird. Dies sind in Wirklichkeit allerdings keine Gerichte, sondern Gutachtenkommissionen, die vom Kontingentsherrn betraut sind, „nach Anordnungen des zuständigen Befehlshabers Angelegenheiten, die den Gegenstand eines ehrengerichtlichen Verfahrens bilden können, in einem vorgeschriebenen Verfahren zu untersuchen und mit

---

[22]) Eine völlige Straffreiheit besteht auch hier nur für Übertretungen, während hinsichtlich der Verbrechen und Vergehen eine Bestrafung erfolgt, sobald der Pflichtige die deliktische Natur des Befehls erkannte oder erkennen mußte.

[23]) Dem Erziehungsideal des Exerzierreglements für die Infanterie v. 29. 5. 1906 Ziff. 158 Abs. 1; 251.

einem besonders formulierten Gutachten der Entscheidung des Königs auf dem Dienstwege zu unterbreiten".[1])

§ 17.

B. Die Beschränkungen der Dienstpflichtigen.

Zu den Pflichten der Heerespersonen tritt eine Anzahl von Beschränkungen für diese, welche ihnen zur Sicherung voller Pflichterfüllung und zur Verhütung von Kollisionen zwischen verschiedenen Pflichten auferlegt sind und nur den de jure et de facto Dienstpflichtigen obliegen. Diese bedürfen der Genehmigung ihrer Vorgesetzten zur Heirat (RMG. § 40), zur Übernahme von Vormundschaften (GMG. § 41), zum Betriebe eines Gewerbes (RMG. § 43) und zur Annahme von Ämtern in der Verwaltung und Vertretung der kirchlichen und politischen Gemeinden und weiteren Kommunalverbände (RMG. § 47). Ihre Berechtigung zum Wählen ruht sowohl „in betreff der Reichsvertretung als der einzelnen Landesvertretungen" (RMG. § 49). Die Vorschrift des § 15 Abs. 2 des Reichsbeamtengesetzes, wonach jeder Reichsbeamte zur Annahme von Geschenken und Belohnungen in bezug auf sein Amt der Genehmigung der obersten Reichsbehörde bedarf, dürfte analog anzuwenden sein.

§ 18.

C. Die Rechte der Dienstpflichtigen.

Den Pflichten und Beschränkungen pflegt man die Rechte der Pflichtigen bezw. Amtsträger gegenüberzustellen. Laband[1]) zählt deren für die Beamten unter Verneinung eines Rechts auf das Amt folgende auf: das Recht auf Schutz in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit, auf Ersatz der von ihnen gemachten Auslagen und Verwendungen bei Besorgung der Amtsgeschäfte — auf Dienstentschädigung, wie Mayer sagt[2]) — der Regel nach auf Gewährung des Lebensunterhalts durch den Staat,

---

[1]) Apel S. 28. Sie können daher auch beliebig vom Kontingentsherrn eingesetzt werden wie jede andere Kommission. Das Problem der Rechtsgültigkeit der Ehrengerichtsverordnungen existiert nur für die Frage, ob Zeugen auf Requisition eines Ehrengerichts aussagepflichtig sind, wie dies § 36 der Verordnung v. 2. 5. 1874 bestimmt.

[1]) Bd. 1 S. 464.

[2]) Bd. 2 § 46 I, 2 S. 254.

„allenfalls“ die Befugnis, den dem Amt entsprechenden Titel zu führen, die Laband an anderer Stelle als subjektives Recht anerkennt.[3]) Dazu würde noch das Recht auf Entlassung[4]) und für die aktiven Heerespersonen das „Recht“ zum Tragen der Uniform treten.

I. Inwieweit von einem Rechte auf das Amt gesprochen werden kann, könnte dahingestellt bleiben, da für die Träger militärischer Ämter ein solches Recht zweifellos nicht anerkannt, sondern die freie Verfügung über das Amt schlechthin aufrechterhalten ist.[5]) Indessen gibt die Antwort auf diese Frage, die von der Lösung des Problems des subjektiven öffentlichen Rechts abhängt, zugleich die Möglichkeit, zu den anderen „Rechten“ des Dienstpflichtigen Stellung zu nehmen.

Von einem Rechte auf das Amt wird, soweit überhaupt subjektive Rechte des Untertanen anerkannt werden, vorzugsweise gesprochen beim richterlichen Amte. Das Charakteristische des Amtes des Zivil- und Strafrichters ist, daß er wider seinen Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und in den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise seines Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in Ruhestand versetzt werden kann.[6]) Solange ein solches Urteil nicht ergeht, muß der Staat ihn in seinem Amte belassen, solange ist ihm nicht nur ein Rechtsprechendürfen, sondern ein Können[7]) eingeräumt, das sich gegen den Staat richtet und diesen nicht nur verpflichtet, seine Amtshandlungen als rechtsgültig und rechtswirksam zu behandeln, sondern ihm auch den Zwang zu leihen, andere zu dieser Anerkennung und zur Fügsamkeit darein anzuhalten.[8]) Diese Macht, öffentliche Gewalt namens dessen, dem sie zusteht, auszuüben, Vertreter zu sein, ist selbst ein Stück Macht über die Ausübung[9]) der öffentlichen Gewalt[10]), ein öffentlichrechtlicher Besitzstand, eine durch die Rechtsordnung anerkannte Willensmacht, ein subjektives Recht.[11])[12]) Daß ein solches Recht am

---

[3]) Bd. 1 S. 480 und DJZ. 1907 S. 202.
[4]) Laband Bd. 1 S. 492.
[5]) Mayer Bd. 2 S. 226; Laband Bd. 4 S. 196.
[6]) GVG. § 8.
[7]) Über die Bedeutung des Gegensatzes von Dürfen und Können Jellinek S. 51.
[8]) Mayer Bd. 1 S. 116.
[9]) So Mayer neuerdings in der französischen Ausgabe des deutschen VerwR. Bd. 1 S. 140f. und nunmehr im Archiv Bd. 21 S. 34.
[10]) Mayer Bd. 1 S. 115.
[11]) So auch Wach, Handb. Bd. 1 S. 97.
[12]) Jellinek wendet dagegen S. 178 Anm. 2 ein: wenn dem Richter

Amte bei den Offizieren nicht besteht, ist schon oben erwähnt worden. Wie steht es nun mit den anderen Rechten der Pflichtigen?

II. Von dem Rechte auf Schutz in Ausübung seiner dienstlichen Tätigkeit sagt Laband selbst: „Es ist nicht zu verkennen, daß der Staat durch Gewährung dieses Schutzes nicht nur den Beamten, sondern zugleich sich selbst schützt, und daß man wohl berechtigt ist, alle Angriffe gegen die Beamten in Beziehung auf die Ausübung ihres Amtes als Angriffe gegen die Staatsgewalt selbst aufzufassen".[13]) Wenn Laband seine Auffassung vom Rechte auf Schutz damit begründet, der Beamte für seine Person werde Objekt des Angriffes und folgeweise Objekt des Schutzes, so beweist dies noch nichts für das Vorhandensein eines subjektiven Rechts. Denn mit diesem Schutz ist dem Pflichtigen kein besonderes Können gegen den Staat gegeben, sondern es steht ihm nur die Anzeigebefugnis zu, die er wie jeder andere hat. „Daß der Beamte kein besonderes Mittel hat, die Anwendung dieser Strafgesetze herbeizuführen oder zu verhindern, im Gegenteil in solchen Fällen, wo jeder andere durch Unterlassung darauf verzichten darf, dem Beamten der strafrechtliche Schutz sehr gegen seinen Willen gewährt werden kann (§ 196 RGB.), das wirft auf dieses Recht ein eigentümliches Licht."[14])

III. Der Befugnis, den seinem Amte entsprechenden Titel zu führen, die Qualität eines Rechtes zuzusprechen ist man besonders da geneigt, wo ein Recht auf das Amt besteht und mit diesem Amt ein besonderer Titel verbunden ist. Aber auch da handelt es sich nur um einen Reflex des Rechts am Amte; ein selbständiges Können ist nirgends vorhanden. Dies ist aber erst recht nicht der Fall bei den Titelträgern, denen kein Recht auf das Amt zur Seite steht. Denn mit der Entziehung des Amtes kann ihnen auch der Titel jederzeit genommen werden, und auch während der Zeit der Amtsträgerschaft erschöpft sich

---

durch Urteil die bürgerlichen Ehrenrechte abgesprochen waren und er hierauf im Wiederaufnahmeverfahren freigesprochen wurde, unterdessen aber seine Amtsstelle besetzt war, so kann er wohl Fortbezug seines Gehalts, nicht aber die Wiedereinsetzung in sein früheres Amt und die Entfernung der gegenwärtigen Amtsträger verlangen, um so mehr als dies gesetzwidrig wäre. Dann müßte man aber auch dem subjektiven öffentlichen Recht, Straßenbahnen zu bauen und zu betreiben, die Rechtsnatur abstreiten, da es auch hier möglich ist, daß das Recht durch Urteil verneint, im Wiederaufnahmeverfahren bejaht und inzwischen dasselbe Recht einer anderen Person übertragen worden ist.

[13]) Laband Bd. 4 S. 196.

[14]) So Mayer, Archiv Bd. 3 S. 65 Anm. 95.

das Recht an dem Titel darin „sich so nennen zu dürfen“, in der Tatsache, daß sie nicht bestraft werden, wenn sie den Titel führen. Die Rechtsfolge der unerlaubten Titelführung ist nur Strafe, während eine Nichtigkeit einer unverbotenen aber irrelevanten Handlung nicht in Frage kommt.[15])

IV. Das gleiche gilt in verstärktem Maße von dem Recht, die Uniform zu tragen. Hier kommt noch dazu, daß sämtliche Heerespersonen bis einschließlich des Ranges eines Feldwebels zu stetem Tragen der Uniform verpflichtet sind. Das Recht der Heeresperson erschöpft sich hier in bloßer Pflichterfüllung. Die dem Rechte meistens eigene Möglichkeit eines Verzichts ist hier ausgeschlossen. Aber auch bei den Offizieren kann deshalb, weil ihnen gestattet ist, ihre Uniform zeitweise nicht zu tragen, nicht von einem Rechte, sie zu tragen, gesprochen werden. Auch sie bleiben nur straflos, wenn sie ihre Uniform tragen.[16])

V. Hinsichtlich des Anspruches auf die Dienstentschädigung und Gehalt stößt man zunächst beim Heere und bei der Marine auf die eigentümliche Erscheinung, daß diese Anstalten selbst Vorkehrungen treffen, die jeden eigenen Aufwand des Pflichtigen bei der Erfüllung seines Dienstes ersparen und überflüssig machen sollen.[17]) „Die große Anstalt nimmt den einzelnen Dienstpflichtigen vollständig in ihre Pflege und sorgt für alle seine Bedürfnisse: Nahrung, Kleidung, Obdach, stattet ihn überdies für Nebenbedürfnisse mit einem kleinen Taschengelde aus, mehr ist die sogen. Löhnung nicht.“[18]) Auf diese Vorteile hat der Pflichtige keinen Anspruch. Sobald er auf Urlaub geht oder eine Arreststrafe zu verbüßen hat, erhält er die Löhnung nicht oder nur teilweise ausgezahlt. „Im übrigen sichert das eigene Interesse des Staates an der guten Ordnung seines Unternehmens sie ihm hinlänglich, aber auch ausschließlich.“[19])

---

[15]) Über die Bedeutung dieses Unterschiedes Jellinek S. 48. Allerdings ist die Anmaßung des Richteramtes auch nach § 132 StGB. strafbar; aber zugleich sind die Handlungen des vermeintlichen Richters nichtig.

[16]) Dasselbe gilt auch für diejenigen, denen ein nicht mit dem Amte zusammenhängender Titel und Orden oder das „Recht“ zum Tragen einer Uniform „verliehen“ worden ist, obwohl der Ausgezeichnete nicht dienstpflichtig ist. Auch hier handelt es sich nur um eine staatliche Erlaubnis, das tun zu dürfen, was anderen verboten ist. Anderer Meinung, wenigstens hinsichtlich der Titelträger, Anschütz DJZ. 1899 S. 54ff.; Laband Bd. 1 S. 480f. und DJZ. 1907 S. 200ff.; Jellinek S. 191, 337, der Orden und Titel als Rudimente des aktiven Status bezeichnet; Braun, Arch. Bd. 16 S. 528—574; Hubrich im Archiv Bd. 22 S. 327—368, wo überall von einem subjektiven Rechte gesprochen wird.

[17]) Mayer Bd. 2 S. 254.

[18]) Mayer a. a. O.; so auch Laband Bd. 4 S. 153; Jellinek S. 73.

[19]) Mayer a. a. O.

Daher wird eine Dienstentschädigung und Gehalt auch nur dort gezahlt, wo diese Vorkehrungen nicht ausreichen, also bei denjenigen, welche sich den Heeresdienst zum Lebensberuf gemacht haben. Dort sind Gehalt und Dienstentschädigung wahre öffentlichrechtliche Ansprüche, denn sie ruhen auf dem öffentlichrechtlichen Grunde des Verwaltungsaktes, mag dessen Inhalt durch Gehaltsregulative oder freie Bestimmung des Einzelfalls bestimmt sein.[20]) Dieser öffentlichrechtliche Ursprung genügt vollständig, um den vermögensrechtlichen Anspruch zu einem öffentlichrechtlichen zu machen.[21]) Dagegen spricht nicht die Tatsache, daß aus Verwaltungsakten auch Privatrechte entspringen können,[22]) also Rechte, die sich gegen Dritte richten. Denn solche Rechte gegen Dritte stehen hier gar nicht in Frage, vielmehr nur ein solches Recht, das, durch einen öffentlichrechtlichen Akt begründet, sich gegen den Staat selbst richtet und daher nur ein öffentlichrechtliches sein kann.[23]) Die Frage nach dem öffentlichen Interesse, das dem Anspruch innewohnen soll, könnte daher ganz unbeantwortet bleiben. Indessen ist auch ein solches durchaus vorhanden. Denn dieses entscheidet allein darüber, ob ein Amt Ehrenamt oder besoldetes Staatsamt ist,[24]) und dieses übt auch auf die positive Regelung der Gehaltsansprüche seine Wirkung aus. Denn wenn auch der Gehaltsanspruch seinem Wesen nach eine Entschädigung für die Dienstpflicht[25]) und insoweit ein Analogon der Ansprüche aus dem

---

[20]) vgl. darüber Mayer Bd. 2 S. 249f.

[21]) A. M. Preuß S. 107.

[22]) Was Preuß S. 107 betont.

[23]) Wo die öffentlichrechtliche Grundlage fehlt, da ist auch kein öffentlichrechtlicher Anspruch vorhanden, also nicht bei den Ansprüchen auf Entschädigung solcher Auslagen, die, an sich notwendig, bei der Begründung des Gewaltverhältnisses weder vorauszusehen noch vorausgesehen waren; so auch Mayer Bd. 2 S. 256.

[24]) Wach, Handb. Bd. 1 S. 96.

[25]) So Mayer Bd. 2 S. 249 Anm. 2, der mit Recht Labands Bezeichnung des Gehalts als einer Alimentationsrente, die auch von Jellinek S. 182 und Preuß S. 106 geteilt wird, als wertlos ablehnt, da das, was die Besoldung mit der Alimentationsrente gemein hat, ganz ebenso bei dem Dienstlohn des zivilrechtlichen Vertrages zu finden ist, der doch auch nicht als Alimentationsrente bezeichnet wird. Auch bei Mayer ist der Gehalt nicht die Entschädigung für tatsächlich geleistete Dienste, sondern für das Verpflichtetsein, wie es auch beim privaten Dienstvertrage möglich ist, daß der Lohn ohne Leistung von Diensten gezahlt wird, etwa nur, um den Pflichtigen später verwenden zu können oder ihn am Eintritt in ein Konkurrenzunternehmen zu hindern. Vor allem ist bei beiden das Moment gleich, daß sich der Gehalt nach dem Werte der Dienste bemißt, für die die Dienstpflicht übernommen worden ist. Der Oberlandesgerichtsrat bekommt eben doch deshalb mehr Gehalt als der Amtsrichter, weil von ihm

zivilistischen Dienstvertrage ist, so gibt ersterem doch das öffentliche Interesse seine Besonderheiten in der Unmöglichkeit des Verzichts auf ihn, in den Abstufungen, Wartegeldern und Ruhegehältern, und das gleiche gilt auch für die Dienstentschädigungen.

VI. Es liegt in dem Wesen einer sich über zwei Jahrzehnte erstreckenden Zwangsdienstpflicht, daß für den Pflichtigen Schranken in der Heranziehung zum aktiven Dienste aufgerichtet werden, die für ihn einen rechtlichen Vorteil darstellen.

1. Selbst der Ausgehobene hat nach dem Wehrgesetze nur wenige Jahre aktive Dienste zu leisten; bei dem Ersatzreservisten ist die aktive Dienstzeit erst recht minimal. Aber auch im Rahmen dieser beiden Kategorien gibt es wieder mannigfache Stufen der Verpflichtung zu aktiven Diensten: Die Zugehörigkeit zur Reserve, während der zwei Übungen zu leisten sind, die Zugehörigkeit zur Landwehr 1. Aufgebots, während der nur ausnahmsweise, auf Grund besonderer kaiserlicher Verordnung, eine Einberufung zulässig ist, die Zugehörigkeit zur Landwehr 2. Aufgebots, während der der Pflichtige im Frieden überhaupt nicht zu Übungen herangezogen werden darf, und schließlich das Zurückgestelltsein hinter die letzte Jahresklasse der Reserve oder Landwehr, deren Bedeutung darin liegt, daß der Zurückgestellte bei notwendigen Verstärkungen oder Mobilmachungen bezw. der Bildung von Ersatztruppenteilen nicht einberufen wird.[26]) Stufenweise wird das Recht der Heeresverwaltung, den Pflichtigen zur Leistung aktiver Dienste heranzuziehen, verringert und schließlich im Frieden völlig aufgehoben. Indem das Gesetz derartige Bestimmungen trifft, gibt es dem Pflichtigen zugleich einen Anspruch darauf, nur die gesetzlich normierten Dienste zu leisten, also einen „Anspruch“ auf Berücksichtigung der Ersatzreserve- und Landwehrstellung, der sich in dem Falle, daß der Pflichtige länger als für die gesetzliche Übungszeit eingezogen wird, in einen Anspruch auf Entlassung und für den Fall, daß er zu einer Übung einberufen wird, während er nach dem Gesetze überhaupt nicht übungspflichtig ist, in ein Recht auf Rücknahme des Einberufungsbefehls und auf sofortige Entlassung aus

---

eine höhere juristische Arbeitsleistung verlangt wird, der Präsident einer Behörde mehr als seine Räte, weil er die größere Verantwortung hat und daher seine Handlungen eine größere Fähigkeit voraussetzen, dieser Verantwortlichkeit gerecht zu werden. Merkwürdigerweise a. M. Jellinek S. 182: „Man kann doch nicht im Ernste behaupten, daß der Oberlandesgerichtsrat Dienste verrichte, die einer größeren Gegenleistung würdig seien als die des Amtsrichters“.

[26]) WO. § 118 Ziff. 2.

dem aktiven Dienste verwandelt. Aber charakteristischerweise entstehen diese Rechte erst mit der gesetzwidrigen Nichtentlassung und dem ungültigen, wenn auch rechtswirksamen Befehle. Solange die Heeresverwaltung gesetzmäßig arbeitet, besteht überhaupt kein positiver Anspruch des Pflichtigen gegen den Staat. Es sind nur negative Ansprüche gegenüber der Heeresverwaltung, die den Pflichtigen zustehen, denen wegen ihrer negativen Natur nicht der Charakter eines Rechtes zukommt.[27])

2. Gibt es also kein Recht an der Ersatzreserve- und Landwehrstellung, so ist es immerhin denkbar, daß es ein Recht auf Überweisung in eine solche Stellung gibt. Wie es ein wirkliches Recht auf Befreiung von Militärdienste gibt, über dessen Existenz die Ersatzbehörden zu entscheiden haben, und wie dieses Recht mit dem Ergehen des Urteils, das die Überweisung zum Landsturm ausspricht, hinfällig wird und an seine Stelle das prozessuale Recht am Urteile tritt, so ist auch im Rahmen des Gewaltverhältnisses ein Recht auf Überführung in eine Stufe denkbar, in der ein geringeres Maß aktiver Dienste zu leisten ist. Nun besorgt hier der Zeitablauf von selbst das Wesentliche: Durch den Ablauf der gesetzlichen Fristen tritt der Reservist zur Landwehr 1. u. 2. Aufgebots über; es kann also nur noch die Überführung von der einen Stufe zu der anderen aus außerordentlichen Gründen in Frage kommen. Diese sind nach dem Reichsmilitärgesetz und der Wehrordnung gegeben, wenn häusliche und gewerbliche Verhältnisse eine Berücksichtigung erheischen, m. a. W. wenn die Reklamationsgründe der §§ 20, 22 RMG. oder die etwas enger gefaßten Reklamationsgründe des § 122 WO. vorliegen, dann sind die Soldaten aus dem aktiven Dienst zu entlassen, und dann hat auch eine Zurückstellung hinter die letzte Klasse der Reserve bezw. der Landwehr zu erfolgen. Die Entlassung ist nicht in das Belieben der Militärbehörde gestellt,[28]) sondern im Wege des Verfahrens wird darüber entschieden, ob das behauptete Recht auf Entlassung aus dem aktiven Dienste und auf Zurückstellung besteht. Bejaht die Entscheidung der hier ebenfalls als Verwaltungsgericht auf-

---

[27]) So auch Jellinek S. 338 hinsichtlich der gleichartigen Exemtionen von der Militär- und Dienstpflicht; vgl. auch Mayer Bd. 1 S. 113 Anm. 19. Es besteht eine Art Freiheit innerhalb des Gewaltverhältnisses, die selbst kein subjektives Recht ist.

[28]) Wie sich aus dem Wortlaute des § 53 RMG. „können entlassen werden" ergibt. Dieselbe Fassung ist aber auch in § 20 RMG. gewählt, obwohl dort zweifellos ein Recht anerkannt wird. Nun „bezweckt aber § 53 RMG. eine Gleichstellung der zum aktiven Dienst eingestellten Mannschaften mit den militärpflichtigen Mannschaften in bezug auf Anerkennung von Reklamationsgründen"; so Walde S. 74 Anm. 2 zu § 53.

tretenden Verwaltungsbehörde die behaupteten Rechte, so ist im Frieden [29]) der Soldat zu dem nächsten allgemeinen Entlassungstermine [30]) zu entlassen, und tritt derjenige, dessen Recht auf Zurückstellung anerkannt worden ist, bis zum nächsten Zurückstellungstermine hinter die letzte Klasse der Reserve bezw. der Landwehr; sein Recht ist mit dem Urteil befriedigt.

VII. Dem Rechte des Dienstpflichtigen auf Entlassung aus dem aktiven Dienste würde bei den Offizieren und Kapitulanten das Recht auf Entlassung aus dem Gewaltverhältnisse selbst entsprechen. Im Zivilstaatsdienerrecht wird ein solches Recht allgemein anerkannt und entweder aus der Natur [31]) des Gewaltverhältnisses im Rechtsstaate, wonach ein Gewaltverhältnis ohne Austrittsrecht Sklaverei wäre,[32]) oder aus einem allgemeinen Gewohnheitsrecht [33]) oder dem das Gewaltverhältnis begründenden Verwaltungsakte [34]) gefolgert, der eine stillschweigende Anerkennung eines Austrittsrechts enthalte. Das Heeresrecht kennt folgende positive Normen: Der Soldat, der sich bei mobilen Truppen im Dienst befindet, hat in der Regel auch bei dem Vorhandensein von Reklamationsgründen keinen Anspruch auf Entlassung;[35]) Kapitulanten dürfen ihre Entlassung aus dem Dienste erst bei der Demobilmachung oder Überführung ihres Truppenteils auf den Friedensstand fordern,[36]) also auch nur im Frieden ein Recht auf Entlassung. Dieser Gesichtspunkt dürfte auch für den Entlassungsanspruch der Offiziere und Reserveoffiziere maßgebend sein. Gerade wenn man auf den bei der Begründung des Gewaltverhältnisses vorhandenen Willen abstellt, wird der Austritt aus dem Gewaltverhältnisse auf beiden Seiten nicht gerade dann gewollt erscheinen, wenn der Offizier seinen eigentlichen Beruf erfüllen soll, nämlich im Kriege. Da würde es einer Verletzung der übernommenen Treupflicht gleichkommen, wenn der Offizier nunmehr seinen Abschied nehmen wollte. Während also im Frieden ein Recht auf Entlassung zu bejahen ist, ist es zur Zeit des mobilen Zustandes oder einer vom Kaiser angeordneten außergewöhnlichen Verstärkung des betreffenden Truppenteils zu verneinen, „wenn auch die Entlassung schwerlich verweigert werden wird, da dieselben Gründe, welche es

---

[29]) RMG. § 53 Abs. 4.
[30]) RMG. § 53 Abs. 3.
[31]) Laband Bd. 1 S. 492.
[32]) Rehm in Annalen 1885 S. 204.
[33]) Laband Bd. 1 S. 492.
[34]) Mayer, Archiv Bd. 3 S. 72; VerwR. Bd. 2 S. 230.
[35]) RMG. § 53 Abs. 4.
[36]) Verordn. v. 8. 6. 1876 Ziff. 13 bei Laband Bd. 4 S. 204.

untunlich erscheinen lassen, jemanden wider seinen Willen im Zivilstaatsdienst zurückzuhalten, in höherem Grade auch bei den Berufsoffizieren wirksam sind".[37])

Fünfter Teil.

§ 20.

Die Endigung der militärischen Dienstpflicht.

Das Recht auf Entlassung bedeutet immer nur den Anspruch, auf ein Entlassungsgesuch von der Behörde entlassen zu werden.[1]) Das Dienstverhältnis endigt nicht durch die Rücktrittserklärung des Pflichtigen, sondern durch den Entlassungsakt, soweit nicht noch andere Endigungsformen anerkannt sind. Dieser bedarf die Heeresverwaltung, da sie sich einer kaum zu bewältigenden, überdies völlig zwecklosen Aufgabe unterziehen würde, wollte sie alle Dienstpflichtigen durch besonderen Akt aus dem Gewaltverhältnisse entlassen. Sie kennt folgende Endigungsformen:

1. Den Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit für alle Personen des Beurlaubtenstandes und für die Kapitulanten, bei denen im Kapitulationsvertrage der Ablauf der bestimmten Zeit als Endigungsform vorgesehen ist; dann ist die Dienstpflicht mit dem Ablauf der bestimmten Zeit erloschen.

2. Das rechtskräftige Strafurteil, welches auf Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bezw. auf eine Zuchthausstrafe und auf Entfernung aus dem Heere oder der Marine erkennt (und die Unfähigkeit zum Dienste im deutschen Heere und der Kaiserlichen Marine sowie die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer bezw. während der im Urteil bestimmten Zeit von Rechts wegen zur Folge hat.)[2]) Daß das rechtskräftige Strafurteil seiner Natur nach imstande wäre, ein Dienstverhältnis aufzulösen, wird man nicht sagen können. Aber es kann nicht zweifelhaft sein, daß eine gesetzliche Bestimmung dem Urteil diese Wirkung beilegen kann. Dies tut § 32 MStGB., wo bestimmt wird, daß die Entfernung aus dem Heere den Verlust der Dienststelle von „Rechts wegen" zur Folge habe. Danach bedarf es also nicht erst einer Enthebung von der Dienststelle, d. h. von dem Amte, und logischerweise auch nicht aus der

---

[37]) Laband Bd. 4 S. 199.
[1]) Mayer Bd. 2 S. 231.
[2]) MStGB. § 31.

Dienstpflicht selbst. Diese tritt mit der Rechtskraft des Urteils ipso iure ein.[3])

3. Soweit solche besondere Endigungsformen nicht vorgesehen sind, endigt die Dienstpflicht nur durch den behördlichen Akt. Dieser ergeht nie auf Grund eines Verfahrens unter Mitwirkung des Pflichtigen und ist hinsichtlich der Zwangsdienstpflichtigen nur denkbar bei dem Eintritt ihrer völligen Dienstunbrauchkeit,[4]) während in allen anderen Fällen der Zwangsdienstpflichtige zwar zurückgestellt und von Übungen befreit, aber nicht aus dem Gewaltverhältnisse selbst entlassen werden kann. Für den Verwaltungsakt gilt das oben[5]) dargestellte Recht: Nur der von der zuständigen Behörde ausgehende Verwaltungsakt ist imstande, die Entlassung auszusprechen, und auch nur dann, wenn nicht noch die Genehmigung höherer Behörden zu seiner Wirksamkeit erforderlich ist,[6]) andererseits aber auch dann, wenn er materiell eine Gesetzesverletzung enthält.

Sechster Teil.

§ 20.

Der Rechtsschutz im militärischen Gewaltverhältnisse.

I. Das militärische Gewaltverhältnis weist für die ihm Unterworfenen, insbesondere für die Zwangsdienstpflichtigen eine Menge rechtlicher Interessen und vereinzelte subjektive Rechte auf, deren Schutz in erster Linie in dem ordnungsmäßigen Gang der Geschäfte der Heeresverwaltung liegt. Indessen wäre es fast verwunderlich, wenn im Rechtsstaate nicht auch ein besonderer „Schutz im Wege Rechtens“ [1]) gewährt, ein rechtlich geordneter Weg dem Pflichtigen zur Geltendmachung seiner Interessen eröffnet würde. Dieser Schutz wäre, wie Mayer ausführt,[2]) auf dreierlei Weise denkbar, nämlich durch Einrichtung eines Beschwerderechts, durch Einführung einer Verwaltungsrechtspflege und durch Anerkennung der Zuständigkeit der Zivilgerichte in Verwaltungssachen. Daß letztere, der Rechtsweg

---

[3]) So auch E. Bd. 6 S. 77.
[4]) § 52 RMG.
[5]) vgl. Teil 2 §§ 6—9.
[6]) So wird für die Entlassung des Kapitulanten wider seinen Willen die Einholung der Genehmigung des Generalkommandos gefordert; vgl. Laband Bd. 4 S. 204.
[1]) Mayer Bd. 1 S. 140.
[2]) Mayer ebenda.

gerade hinsichtlich des einzig denkbaren Falles, für die Gehaltsansprüche der Offiziere, fehlt, ist bekannt und unbestritten. Es wird zu prüfen sein, wieweit die beiden anderen Arten des Rechtsschutzes ausgebildet worden sind.

II. Nach der Beschwerdeordnung II v. 14. 6. 1894[3]) ist es jeder Person des Soldatenstandes vom Feldwebel abwärts erlaubt, sich zu beschweren, wenn sie glaubt, daß ihr „durch unwürdige Behandlung, durch Vorenthaltung geldwerter Gebührnisse oder aus einem anderen Grunde von Vorgesetzten oder Kameraden Unrecht zugefügt sei". Nach der Beschwerdeordnung I vom 30. 3. 1895[4]) haben Offiziere und Sanitätsoffiziere das Recht, „gegenüber einer über sie verhängten Disziplinarstrafe und gegenüber Handlungen des Vorgesetzen, durch welche der Beschwerdeführer sich in seinen dienstlichen Gerechtsamen und Befugnissen verletzt und geschädigt fühlt", sich zu beschweren.

1. Die Beschwerde muß innerhalb einer Frist von fünf[5]) bezw. drei[6]) Tagen angebracht werden, sie ist also befristet,[7]) die Entscheidung über sie ist dem Beschwerdeführer mitzuteilen.[8]) Der Vorgesetzte oder die angerufene Behörde ist also verpflichtet, auf die Beschwerde hin die Sache zu prüfen und demgemäß Bescheid zu erteilen.[9]) Der Soldat und der Offizier haben das Recht, gegen die über ihre Beschwerde getroffene Entscheidung innerhalb einer Frist von fünf bezw. drei Tagen an den nächsthöheren Vorgesetzten und so fort bis zur allerhöchsten Stelle eine weitere Beschwerde einzulegen;[10]) es ist also auch ein Rechtsmittelzug normiert. Schließlich steht das Beschwerderecht nur dem durch die fragliche Maßnahme Betroffenen und, wenigstens bei den Offizieren, auch nur unter bestimmten Voraussetzungen zu. Es besteht also für die zwangs- und freiwillig Dienstpflichtigen eine Macht über die Tätigkeit der öffentlichen Gewalt, ein Beschwerderecht, das mit dem aus dem Behördenüberordnungsverhältnis von selbst sich ergebenden Beschwerderecht nicht zusammenfällt und von Mayer[11]) als förmliche Beschwerde bezeichnet wird.

2. Die Voraussetzungen des Beschwerderechts, also die

---

[3]) Herz-Ernst Strafrecht der Militärpersonen S. 1029ff.
[4]) Herz-Ernst S. 1023ff.
[5]) Bei den Zwangsdienstpflichtigen Ziff. 4 der BO. II.
[6]) Bei den Offizieren § 5 der BO. I.
[7]) Über die Bedeutung der Befristung Mayer Bd. 1 S. 156.
[8]) BO. II Ziff. 5.
[9]) Mayer Bd. 1 S. 154.
[10]) BO. II Ziff. 5, BO. I § 14.
[11]) Mayer Bd. 1 S. 154.

Beschwerdegründe, sind bei den Zwangsdienstpflichtigen ganz allgemein gefaßt. Es ist in der Beschwerdeordnung ein Beschwerderecht wegen des Verhaltens eines Kameraden anerkannt, die Beschwerde ist wegen ungebührlicher Behandlungsweise, wegen Vorenthaltung geldwerter Gebührnisse, vor allem also der Löhnung, aber auch „aus einem anderen Grunde", also aus jedem Grunde zulässig, der eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Pflichtigen in sich schließt,[12]) also auch wegen Verletzung des Anspruches auf Entlassung nach Ablauf der für die aktive Dienstzeit oder eine Übung gesetzlich bestimmten Zeit. Eine schärfere Begrenzung tritt nur bei dem Beschwerderecht der Offiziere und Sanitätsoffiziere zutage. Hier wird die Beschwerde beschränkt auf den Fall der als ungerecht empfundenen Disziplinarstrafe und auf Verletzungen der dienstlichen Gerechtsame, also der Ansprüche auf Gehalt und Dienstentschädigung, und der Befugnisse, also der Befugnis zur Amtsausübung — solange ihm dieses übertragen ist —, zur Titelführung und zum Tragen der Uniform, soweit in diesen Befugnissen Beeinträchtigungen denkbar sind.

III. Zu dem Beschwerdeverfahren tritt als ein viel stärkerer Rechtsschutz die Verwaltungsrechtspflege, in erster Linie berufen zum Schutze der subjektiven Rechte, die dem Pflichtigen zustehen. Nicht, daß nicht auch außerhalb des Streites um subjektive Rechte eine Verwaltungsrechtspflege bestehen könnte. Auch Akte freien Ermessens können in ihren Bannkreis gezogen werden. Das ist „eine Tatsache, um die man nicht herumkommt".[13]) Aber das subjektive öffentliche Recht ist es, an das sich eine Verwaltungsrechtspflege in erster Linie knüpft und zu dessen Schutze im militärischen Gewaltverhältnisse auch allein eine solche Rechtspflege besteht. Reiht man also die öffentlichen Rechte zusammen, die sich bei der Darstellung des Militärdienstes ergeben haben, so sind prinzipiell auch die Fälle der Verwaltungsrechtspflege bestimmt. Eine solche müßte also hinsichtlich des Rechtes an dem die Ersatzreservedienstpflicht und das Recht auf Entlassung aus dem aktiven Dienste aussprechenden Urteile, hinsichtlich des Rechtes auf Entlassung aus dem aktiven Dienste nach Maßgabe

---

[12]) Einer mißbräuchlichen Ausnutzung des Beschwerderechts schiebt § 152 MStGB. einen Riegel vor. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahre bestraft, wer wider besseres Wissen eine auf unwahre Behauptungen gestützte Beschwerde anbringt, und wird mit Arrest bestraft, wer wiederholt und leichtfertig auf unwahre Behauptungen gestützte Beschwerden einbringt.

[13]) Mayer Bd. 1 S. 169.

des § 53 RMG., des Rechtes auf Zurückstellung nach Maßgabe der §§ 118, 123 WO. und bei den freiwillig Dienstpflichtigen hinsichtlich des Rechtes auf Entlassung aus dem Gewaltverhältnisse und des Rechtes auf Gehalt vorhanden sein.

Daß zum Schutze des Rechtes auf Gehalt nach positivem Recht nur das Beschwerdeverfahren besteht, ist schon erwähnt. Für das Recht des Offiziers und Kapitulanten auf Entlassung besteht ebensowenig ein Verfahren und ist dafür ein Bedürfnis auch kaum vorhanden. Dagegen gibt es zum Schutze der anderen Rechte sehr wohl ein Verfahren. Denn

a) das Recht an dem Urteil, das die Überweisung zur Ersatzreserve und das Recht auf Entlassung aus dem aktiven Dienste ausgesprochen hat, kann nur auf Grund eines Verfahrens vor der verstärkten Ersatz- und Oberersatzkommission dem Pflichtigen entzogen werden, bei dem er Partei ist und gehört werden muß, bei dem er auch die Möglichkeit hat, gegen das Urteil der Oberersatzkommission Berufung einzulegen.[14])

b) Ebenso wird über die „Zulässigkeit des Gesuches" auf Entlassung, d. h. über das behauptete Recht auf Entlassung nach § 53 RMG., nach Begutachtung der Verhältnisse durch die ständigen Mitglieder der Ersatzkommission durch die dritte bezw. bei Meinungsverschiedenheiten in dieser durch die vierte Instanz entschieden. Es wird auch hier dem Reklamationsberechtigten nach Analogie des § 30 Ziff. 6 RMG. ein Recht auf Gehör zuzuerkennen sein, so daß er auch in diesem Falle auf die Entscheidung einwirken kann.

c) Schließlich gibt es auch für das Recht auf Zurückstellung gemäß § 118 WO. ein Verfahren gemäß § 123 WO. Wenn § 123 Abs. 2 WO. bestimmt: „Die eingereichten Gesuche unterliegen der Entscheidung der verstärkten Ersatzkommission, welche im Anschluß an das Musterungsgeschäft in öffentlich bekannt zu machenden Terminen zu diesem Zwecke jährlich einmal Sitzung hält", so kann die öffentliche Bekanntmachung doch nur den Zweck haben, daß derjenige, der ein Recht auf Zurückstellung geltend machen will, an dem Termine erscheint, um sein Recht zu vertreten. Soweit er von diesem Rechte Gebrauch macht, entscheidet die Verwaltungsbehörde nach Gehör der Partei, also als Gericht, gegen dessen Entscheidung dem ständigen militärischen Mitgliede das Recht des „Einspruches" zusteht.[15]) „Wird hiervon Gebrauch gemacht, so erfolgt die endgültige Entschei-

---

[14]) vgl. § 73 Ziff. 8 WO.
[15]) WO. § 123 Ziff. 4 Abs. 1.

dung durch die ständigen Mitglieder der Oberersatzkommission, anderenfalls ist die Entscheidung der verstärkten Ersatzkommission endgültig".[16]) Es kann auch in diesem Falle auf Grund einseitiger Rechtspflege von einer Verwaltungsbehörde ein (konstitutives) Urteil erlassen werden.

---

[16]) WO. § 123 Ziff. 4 Abs. 2.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.